محمد الكشبور
دكتور دولة في الحقوق
أستاذ جامعي
محامي بهيئة الدارالبيضاء

الواضح في شرح
مدونة الأسرة

انحلال ميثاق الزوجية

الكتاب
الواضح في شرح مدونة الأسرة
الزواج

المؤلف
محمد الكشبور

الطبعة
الثالثة 1436-2015

الناشر
المؤلف

الإيداع القانوني
رقم 2015 MO 0108

ردمك
978-9954-34-839-0



بسم الله الرحمن الرحيم

يقول الله تعالى في محكم كتابه العزيز :

وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ

الآية 20 من سورة الروم

ويقول جلت قدرته كذلك :

وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا

الآية 19 من سورة النساء

جاء في صحيح البخاري، عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال :

«كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته : الإمام راع ومسؤول عن رعيته، والرجل راع في أهله وهو مسؤول عن رعيته، والمرأة راعية في بيت زوجها ومسؤولة عن رعيتها، والخادم راع في مال سيده ومسؤول عن رعيته قال وحسبت أن قد قال والرجل راع في مال أبيه ومسؤول عن رعيته وكلكم راع ومسؤول عن رعيته».

رواه كذلك مسلم وأبو داود والترمذي وأحمد بن حنبل

فك الرمــوز

باللغة العربية :

ت.غ.م : تاريخ غير مذكور.
ج.ر. : جريدة رسمية.
ج. : جزء.
ص. : صفحة.
ع. : عدد.
ط. : طبعة.
ق.ل.ع. : قانون الالتزامات والعقود.
ق.م.م. : قانون المسطرة المدنية.
م. : مادة.
م.س. : مرجع سابق.

باللغة الفرنسية :

Bull. Civ.	: Bulletin des arrêts de la chambre civile de la cour de cassation.
Bull. Crim.	: Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la cour cassation.
Civ.	: Arrêt de la chambre civile de la cour de cassation.
Corr.	: Correctionnel.
D.	: Dalloz.
Dactyl.	: Dactylographié.
D.O.C	: Droit des obligations et contrats.
Ed.	: Editions.
Et suiv.	: Suivant.
Gaz. Pal.	: Gazette du Palais.
G.T.M.	: Gazette des tribunaux du Maroc.
J.C.P.	: Jurisclasseur périodique.
L.G.D.J.	: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
Obs.	: Observations.
Op. cit.	: Ouvrage précité.
P.	: Page.
P.U.F.	: Presses universitaires de France.
R.A.C.A.R.	: Recueil des arrêts de la cour d'appel de Rabat.
R.M.D.E.D.	: Revue marocaine de droit et d'économie de développement.
Rev. crit.	: Revue critique.
S.	: Sirey.
T.	: Tome.
Tr.	: Tribunal.

تقديم الطبعة الثانية

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وسيد الخلق أجمعين، سيدنا ونبينا محمد وعلى آله وأصحابه أجمعين.

﴿ ربنا عليك توكلنا، وإليك أنبنا، وإليك المصير ﴾.

﴿ رب اشرح لي صدري ويسر لي أمري واحلل عقدة من لساني ﴾.

أما بعد :

فكم يسرنا في هذا الشهر المبارك، أن نقدم للقراء الكرام المهتمين بالبحث القانوني، الطبعة الثانية من كتاب «شرح مدونة الأسرة»، الذي سبق أن أصدرناه في أواسط سنة 2006.

ومن الطبيعي جدا أننا ـ وكعادتنا دائما ـ لن نبقي على الطبعة الأولى كما هي، وإنما سندخل عليها العديد من التعديلات والإيضاحات والإضافات حتى تكون أوفى بالمطلوب، نظريا وعمليا.

لقد كان همنا، ونحن نضع مؤلفا بخصوص شرح مدونة الأسرة في شقيها المتعلقين بالزواج وبانحلال ميثاق الزوجية وبمختلف الآثار التي تترتب عليهما، أن نسد فراغا فقهيا يهم تلك المدونة بعد صدورها مباشرة، خاصة أنها أقامت الدنيا ولم تقعدها بعد، أو على الأقل وضع أداة عمل ودراسة تساعد الممارسين والباحثين على استقصاء أحكامها.

والآن، وقد نفذت الطبعة الأولى من السوق، فقد عَنَّ لنا:

ـ أن نعيد النظر في بعض المفوات، ومن بينها أخطاء مادية عديدة، سجلناها على أنفسنا.

ـ أن نتوسع فيما سبق أن أجملناه، إذ قد نستحضر مثلا نصا تشريعيا بدون تحليل، أو بتحليل يفتقر إلى العمق المطلوب على المستوى الأكاديمي، أو تحليل يحتاج إلى قضاء يسنده.

وهكذا، ستكون هذه الدراسة أكثر عمقا بعون من الله وتوفيق منه.

ـ أن نوظف الاجتهاد القضائي الذي جاء ليفك لغز ما غمض من بعض النصوص، أو على الأقل ليناقش واقعا مستجدا لم يخطر على بال المشرع، مع العلم أن ذلك الاجتهاد هو المعبر بحق عن فقه القضاء المكمل لسلطة المشرع. فنحن بدراستنا هذه نتوجه إلى الباحث وإلى الممارس.

ـ أن نرجع النصوص التشريعية إلى مصادرها الفقهية والوضعية، حتى تكون دراستنا هذه نظرية وتطبيقية في ذات الوقت.

وأخيرا، أن نحين النصوص التشريعية في ضوء ما استجد منها وما نسخ، ومن ذلك استحضار القانون رقم 16-03 المتعلق بخطة العدالة والذي حل محل القانون رقم 81-11 المنظم لذات المجال، وهو نص تشريعي يرتبط عن قرب بمدونة الأسرة، وخاصة في جانبها المتعلق بالإشهاد وبالتوثيق.

ولأن من شأن هذا العمل المضني أن يزيد في حجم الكتاب، فقد آثرنا أن نسميه بـ «**الوسيط في شرح مدونة الأسرة**»، الذي سيحتوي على عدة أجزاء، يتقدمها كتاب الزواج.

ومن الله نسأل العون والتوفيق والسداد

والسلام.

الدار البيضاء في 25 رمضان 1429

الموافق 26 شتمبر 2008

أعوذ بالله من الشيطان الرجيم

باسم الله الرحمن الرحيم

تقديم الطبعة الثالثة

لا حول ولا قوة إلا بالله، له النعمة وله الفضل وله الثناء الحسن.

أما بعد،

فهذه الطبعة الثالثة من شرح كتاب الزواج وانحلال ميثاق الزوجية من مدونة الأسرة، والذي حولناه ابتداء من طبعته الثانية إلى وسيط، نقدمه للقراء الأعزاء، في إخراج جديد، بعد إعادة النظر في الكثير من جوانبه، سواء الشكلية منها أو الموضوعية.

أولا – الجوانب الشكلية:

نقصد بالجوانب الشكلية للكتاب ما يخص مظهره الخارجي على مستوى التنقيط، وكتابة الكلمات، والصياغة، وربط الهامش بالمتن، وترقيم الفقرات، وإعادة النظر في بعض العناوين حتى تنسجم مع المضمون الذي تعبر عنه، وفي التقسيمات.

ونعترف بأننا عثرنا على العديد من الأخطاء المادية والمطبعية واللغوية، بالإضافة إلى بعض الإخلالات التي علقت بالأسلوب. وقد عملنا على تصحيح كل ما وقعت عليه العين، مع الاعتراف بأنه من الصعب على الشخص أن يصحح أخطاء نفسه بنفسه.

وفي هذا الإطار، دائما، حاولنا ضبط أرقام الآيات القرآنية وضبط مضمونها كلمة كلمة، بالاعتماد على قراءة ورش، ثم ضبط الأحاديث النبوية الشريفة بخصوص تخريجها بكيفية مبسطة تقتصر على مكان تواجدها في كتب الحديث الصحيحة المعتمدة.

وفي هذا الإطار، دائما حينا الكتاب من الناحية التشريعية. فقد صدر بالمغرب دستور جديد، ومدونة للحقوق العينية، وقانون للتوثيق، والقانون الخاص بصندوق التكافل العائلي، وهذه مجرد أمثلة.

ثانيا – الجوانب الموضوعية:

نقصد بالجوانب الموضوعية للكتاب ما يخص جوهر البحث الذي يتصل بالشرح والتحليل المنصب على النصوص الشرعية والتشريعية، وعلى العمل القضائي، بالإضافة إلى إبداء بعض الآراء بخصوص بعض القضايا التي يتناولها الكتاب.

وحتى يحافظ الكتاب على طابعه الإسلامي، بذلنا مجهودا كبيرا انصب على شرح الآيات القرآنية مع ربطها أحيانا بأسباب نزولها وبالأحاديث النبوية الشريفة المرتبطة بها، عندما نرى أن ذلك مفيد للبحث.

ولتحقيق ذات الغاية، رجعنا إلى مصنفات فقهية أخرى متخصصة، وإلى كتب للتفسير، وأخرى للنوازل، أي الفتاوى، لم نكن قد اعتمدناها من قبل، لتعميق الجانب الموضوعي في الكتاب.

وقد كان هدفنا من هذا العمل الفكري المضني، الارتقاء بكتاب الوسيط في شرح مدونة الأسرة إلى مؤلف أكاديمي وعلمي، يزاوج بين النصوص الشرعية والنصوص التشريعية، بأسلوب بسيط لكنه ينفذ للعمق، بحيث يستفيد منه المتخصص وغير المتخصص.

نتمنى من الله أن يكلل عملنا هذا بالتوفيق، عليه توكلنا، وهو نعم الوكيل.

محمد الكشبور

الدوحة في يوم الأربعاء 3 فبراير 2014

كلمة البداية

أولا – نظرة تاريخية :

الحاضر وليد الماضي.

1. صدرت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة غداة استقلال المغرب بواسطة خمسة ظهائر شريفة، كان أولها بتاريخ 22 نونبر 1957، وكان آخرها بتاريخ 3 أبريل 1958.

اعتمد واضعو هذه المدونة أساسا على المذهب المالكي - وهو المذهب الرسمي للمملكة - كمصدر رئيسي لها، غير أنهم رجعوا في بعض المسائل للمذاهب السنية الأربعة الأخرى، بالإضافة إلى المذهب الظاهري[1].

وقد قرر المشرع، أن ما سكتت عنه هذه المدونة، وقد احتوت على 297 فصلا، يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك.

مع بداية الثمانينات من القرن الماضي، بدأت سهام النقد الجارح تنهال على مدونة الأحوال الشخصية لمزاعم متعددة. فقد قيل إنها غير دستورية، وقيل إنها لم تلتزم بالاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب والتي تخص حماية حقوق المرأة، وقيل إنها تعتمد آراء فقهية تنهل من العادات والتقاليد البعيدة كل البعد عن روح الشريعة الإسلامية المتمثلة في الكتاب والسنة، وقيل إنها تنبع من أفكار

1- انظر حول الموضوع :
- المرحوم علال الفاسي، التقريب (شرح مدونة الأحوال الشخصية - الكتاب الأول والثاني)، مطبعة الرسالة بالرباط، ص. 32 وما بعدها.
- أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، نشر المعرفة، 1994، ص. 16 وما بعدها.
- محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2003، ص. 26 وما بعدها.
- عبود رشيد عبود، الأحوال الشخصية، نشر وتوزيع مكتبة الرشاد، الدار البيضاء، 1965، ص. 59 وما بعدها.
- أحمد الخمليشي، وجهة نظر، أبحاث ومقالات تتناول موضوعات من مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1988، ص. 14 وما بعدها.

متحجرة، وقيل إنها بعيدة عن روح العصر، وهكذا، بل وقيل أحيانا إنها أصل كل بلاء يساهم في الوضعية الحقوقية المزرية للمرأة المغربية.

وقد جاءت هذه الانتقادات في عموميتها من جمعيات نسائية ذات توجه علماني، أو من بعض الأساتذة الجامعيين الذين تلقوا تعليمهم الأكاديمي بالغرب، والذين لا يعرف بعضهم الشريعة والفقه إلا بالاسم، أو من بعض الأحزاب السياسية المحسوبة تقليديا على اليسار[2].

تم تعديل مدونة الأحوال الشخصية بالظهير بمثابة قانون الصادر في 10 شتنبر 1993 بطلب وإلحاح من جمعيات نسائية، وبتأييد من ملك البلاد آنذاك، الحسن الثاني رحمة الله عليه، وقد انصبت التعديلات خصوصا على الفصول 5. 12. 41. 48. 92 مكرر، 99. 102. 119. 148. و156 مكرر[3].

غير أن هذه التعديلات التي تم التهليل لها في البداية، سرعان ما أصبحت بدورها محلا لانتقادات لاذعة، إذ أنها، في نظر المنتقدين، عبارة عن مجرد ذر للرماد في الأعين فقط، وأنها لا تسمن ولا تغني من جوع، وأن المطلوب في نظرهم إعادة النظر في مدونة الأحوال الشخصية بكيفية جذرية، تضع حدا لدونية المرأة في إطار علاقتها بزوجها أو بالرجال عموما، غير أن هذه الجمعيات قد سجلت للتعديل أثرا إيجابيا وحيدا يتمثل في إزاحة الطابع القدسي عن تلك المدونة، إذ أضحت كأي قانون آخر قابلة للأخذ والرد[4].

2 ـ على إثر التصريح الحكومي المعلن عنه بتاريخ 17 أبريل 1998، والذي تقدم به الأستاذ عبد الرحمان اليوسفي الوزير الأول في حكومة التناوب، والتي كان

---

2 - انظر حول الفكرة:

- محمد الكشبور، الوسيط في مدونة الأحوال الشخصية، م.س.

3 - ظهير بمثابة قانون صادر في 10 شتنبر 1993، منشور بالجريدة الرسمية تحت عدد 4222 الصادرة في 29 شتنبر 1993.

وانظر حول جوانب تتصل بهذا التعديل:

- عبد الهادي بوطالب، التأصيل الشرعي والقانوني لمكاسب الأسرة في المدونة الجديدة، بحث منشور ضمن أعمال أشغال اليوم الدراسي الذي نظمته الجمعية الوطنية الحضن (ت.ع.م) في موضوع: من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة أي جديد؟ مطبعة النجاح الجديدة، 2005، ص. 25 وما بعدها.

- محمد الكشبور، الوسيط، م.س، ص. 28 و29.

4 - د. إدريس الفاخوري، المركز القانوني للمرأة المغربية من خلال نصوص مدونة الأحوال الشخصية، دار النشر الجسور، وجدة، 2002، ص. 14 وما بعدها.

يتقدمها الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية آنذاك، تم الوعد بإصلاح تدريجي لمدونة الأحوال الشخصية في إطار احترام قيم الدين الإسلامي الحنيف.

وفي ذات الاتجاه، وضع مشروع الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية الذي سهرت على إنجازه كتابة الدولة المكلفة بالرعاية الاجتماعية والأسرة والطفولة ـ وبتعاون مع صندوق النقد الدولي ـ وقد كان على رأسها آنذاك الأستاذ سعيد السعدي المنتمي لحزب التقدم والاشتراكية[5]، وأستاذ الاقتصاد بكلية الحقوق بالدار البيضاء.

وقد أعلن عبد الرحمان اليوسفي (الوزير الأول سابقا، والمنتمي للاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية) رسميا عن مضمون الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية في مهرجان خطابي نظم بالرباط بمناسبة اليوم العالمي للمرأة، وكان ذلك في يوم 19 مارس 1999.

ودون الدخول في تفاصيل مشروع الخطة أعلاه ـ التي ترمي حسب واضعيها إلى الارتقاء بوضعية المرأة اجتماعيا واقتصاديا ـ نسجل فقط أن شقه المتعلق بالأحوال الشخصية قد أحدث رجة كبرى داخل المجتمع المغربي، حيث انبرى تيار مؤيد له بقوة وآخر معارض له بشدة[6].

يتمثل التيار المؤيد في الأحزاب السياسية اليسارية وفي مقدمتها حزب الاتحاد الاشتراكي للقوات الشعبية وحزب التقدم والاشتراكية، بالإضافة إلى مختلف الجمعيات النسائية المنبثقة غالبا من تلك الأحزاب. وقد تمت بلورة هذا التأييد في مسيرة ضخمة نظمت بالرباط يوم 12 مارس من سنة 2000.

أما التيار المناهض، فقد تزعمته مختلف التيارات الدينية في المجتمع

---

5 - حول الربط بين التصريح الحكومي والخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية، انظر:

- ذ. محمد الصغير جنجار، النقاش العمومي حول خطة العمل لإدماج المرأة في التنمية، مكوناته وأبعاده ورهاناته، سلسلة شرفات، الكتاب 12، منشورات الزمن، 2004، ص. 59 وما بعدها.

- د. محمد الشافعي، قانون الأسرة المغربي، بين الثبات والتطور، سلسلة البحوث القانونية، العدد 8، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2004، ص. 39 وما بعدها.

6 - ولعل النقطة التي أفاضت الكأس هو ما جاء في النص الفرنسي للخطة:

«إن الإحالة على التقاليد القانونية الإسلامية لن تكون مقبولة إلا إذا برهنت تلك التقاليد على قدرتها على التكفل بالتحولات الاجتماعية وشروط التنمية السوسيو ـ اقتصادية ومتطلبات الديمقراطية...».

أثارت هذه العبارات ردود فعل عنيفة من جانب معارضي النموذج المدني أو العلماني لقانون الأسرة، وهو ما ينطبق على تقرير اللجنة العلمية لوزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية (15 ماي 1999) الذي رأى أن المصدر الإلاهي للشريعة يجعلها فوق الأحوال والظرفيات، سواء كانت ذات بعد اجتماعي أو اقتصادي أو سياسي.

- محمد الصغير جنجار، م.س، بنفس الموضع.

المغربي، مثل رابطة علماء المغرب، ووزير الأوقاف والشؤون الإسلامية الأستاذ العلوي المدغري، وبعض خطباء المساجد، وخريجو دار الحديث الحسنية وخريجو جامعة القرويين، ورابطة علماء فاس، ورابطة علماء القصر الكبير، وخريجو كلية الشريعة بأكادير، بالإضافة إلى جمعية تجديد الوعي النسائي ذات التوجه الإسلامي والمرتبطة بحزب العدالة والتنمية. وكتعبير عن رفضها للخطة، نظمت الهيئة الوطنية لحماية الأسرة المغربية بتنسيق مع عدد من المنظمات النسائية الإسلامية، وفي نفس اليوم، أي يوم 12 مارس 2000 ـ مسيرة ثانية مناهضة للخطة بمدينة الدار البيضاء[7]، تقدمتها العديد من الفعاليات الإسلامية.

وللخروج من هذا المأزق، بادر الوزير الأول إلى تشكيل لجنة استشارية بتاريخ 12 ماي 2000 لتعيد النظر في مدونة الأحوال الشخصية، وهي لجنة لم تجتمع قط لأنها كانت تحمل في تركيبها أسباب فشلها[8].

وبعد فشل الحكومة في طرح الخطة الوطنية لإدماج المرأة في التنمية على البرلمان، وعدم انعقاد اللجنة التي كونها الوزير الأول، التمست الحكومة في 27 فبراير 2001 التحكيم الملكي في الموضوع.

ورغم ذلك، فإن خطة إدماج المرأة في التنمية لم تبق بدون أثر على مدونة الأسرة، بل إن هذه الأخيرة سوف تتجاوزها في بعض المسائل.

---

7 - حول الإرهاصات التي صاحبت ميلاد الخطة من حيث الجانب المؤيد والجانب المعارض لها، انظر على وجه الخصوص:
- ذ. محمد الصغير جنجار، م.س، بنفس الموضع.
- ذ. بسيمة الحقاوي، الفاصل بين مشروع الخطة ومدونة الأسرة، سلسلة شرفات، الكتاب 12، م.س، ص. 47 وما بعدها.
- ذ. محمد سعيد السعدي، إدماج المرأة في التنمية، التجربة المغربية، سلسلة شرفات، الكتاب 12، م.س، ص. 18 وما بعدها.
راجع كذلك الكتيب الذي نشرته حركة التوحيد والإصلاح تحت عنوان: «موقفنا مما يسمى مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية»، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، سنة 2000.
راجع كذلك:
- سعاد الأخريسي، من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، دار السلام للطباعة والنشر، الرباط، 2005، ص. 38 وما بعدها.
— Rajaâ Naji El Mekkaoui, *"La Moudawana, le référentiel et le conventionnel en harmonie"*, imp. Bouregreg, Rabat, 2009 p. 21 et suiv.

8 - تكونت هذه اللجنة من أساتذة ذوي ثقافة غربية إلى جانب فقهاء بأحكام الشريعة الإسلامية، وكان هذا هو سبب فشلها، لأسباب نفسية أكثر منها علمية.
- محمد الكشبور، الوسيط، م.س، ص. 11.

ثانيا ـ تدخل السلطة الملكية وتشكيل لجنة استشارية لإصلاح مدونة الأحوال الشخصية :

حتى يوضع حد للتصدع الفكري الذي عرفته الساحة المغربية بخصوص الخطة، أعلن ملك البلاد محمد السادس عن تشكيل لجنة استشارية ملكية لإصلاح مدونة الأحوال الشخصية. وقد تم هذا الإعلان في يوم 5 مارس 2001. وفي 27 أبريل من نفس السنة، أعلن جلالته عن أعضاء تلك اللجنة، التي تكونت من علماء بأحكام الشريعة الإسلامية ومن مستشارين بالمجلس الأعلى لهم إلمام بالفقه وبقضاء الأحوال الشخصية، بالإضافة إلى ثلاث نسوة منهن مستشارة بالمجلس الأعلى، ـ ذ. زهور الحر ـ ورئيسة جامعة، ـ ذ. رحمة بورقية ـ ثم أستاذة بكلية الطب ـ ذ. نزهة جسوس ـ وقد أسندت رئاسة هذه اللجنة الاستشارية الملكية إلى الأستاذ إدريس الضحاك الرئيس الأول للمجلس الأعلى آنذاك، والذي عوض في منتصف الطريق بالأستاذ محمد بوستة، الأمين العام السابق لحزب الاستقلال[9].

---

9 - تكونت اللجنة التي أشرفت على وضع مشروع مدونة الأسرة والتي نصبها الملك محمد السادس يوم 27 أبريل 2001 من الآتية أسماؤهم:
1 ـ إدريس الضحاك الرئيس الأول للمجلس الأعلى رئيس اللجنة، وقد حل محله محمد بوستة الأمين العام السابق لحزب الاستقلال يوم 22 يناير 2003.
2 ـ ابراهيم بن الصديق، رئيس المجلس العلمي بطنجة.
3 ـ مصطفى بن حمزة، رئيس المجلس العلمي بوجدة.
4 ـ الحسن العبادي، رئيس المجلس العلمي بأكادير.
5 ـ اشبهن حمداتي ماء العين، رئيس المجلس العلمي بالقنيطرة.
6 ـ محمد بن معجوز المزغراني، أستاذ بكلية الحقوق بفاس.
7 ـ محمد التاويل، أستاذ بجامعة القرويين بفاس.
8 ـ محمد الأزرق، أستاذ بجامعة القرويين بفاس.
9 ـ محمد الدردابي، رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى.
10 ـ عبد العلي العبودي، رئيس الغرفة الأولى بالمجلس الأعلى.
11 ـ محمد الأجراوي، رئيس غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى سابقا.
12 ـ محمد الصقلي، رئيس غرفة الأحول الشخصية بالمجلس الأعلى سابقا.
13 ـ أحمد الخمليشي، مدير دار الحديث الحسنية.
14 ـ زهور الحر، مستشارة بالمجلس الأعلى.
15 ـ رحمة بورقية، رئيسة جامعة الحسن الثاني بالمحمدية.
16 ـ نزهة جسوس، أستاذة بكلية الطب.

ولابد من التنويه هنا بالكلمة التوجيهية التي ألقاها الملك محمد السادس عند استقباله لأعضاء اللجنة:

«... واعتبارا لكون الشريعة الإسلامية قائمة على الوسطية والاعتدال وتحري مقاصد الاصلاح الاجتماعي، فإننا حريصين على ضمان حقوق النساء والرجال على حد سواء غايتنا في ذلك تماسك الأسرة وتضامن أفرادها وتثبيت التقاليد المغربية الأصيلة القائمة على روح المودة والوئام والتكافل الاجتماعي الذي نحن مؤتمنون على استمراره، ولاسيما في نواته الأساسية المتمثلة في الأسرة ...».

واستمرت اللجنة في عملها ما يقرب من سنتين ونصف، في جو متوتر أحيانا وهادئ في أحيان أخرى، حيث وضعت مشروعا لمدونة جديدة للأسرة، يتضمن ما تم الاجماع عليه بين أعضاء اللجنة، أما ما اختلف فيه فقد تم حسمه في الديوان الملكي - في إطار تحكيم ملكي -، بكيفية تخدم غالبا مطالب الجمعيات النسائية بالأساس[10].

ومن الملاحظ أن: «أول ما أقدمت عليه اللجنة - الاستشارية الملكية - هو عملية الإصغاء إلى تحاليل واقتراحات ما يفوق 80 جمعية نسائية أو مهنية ذات صبغة وطنية أو جهوية، وهيئات ممثلة للمغاربة القاطنين بالخارج، ومنظمة حقوقية وحزب سياسي وقطاع وزاري وممثلي رابطة علماء المغرب وخريجي كليات الشريعة ودار الحديث الحسنية والقرويين والتعليم الأصيل والدراسات الإسلامية العليا...». وقد استغرقت عملية الإصغاء هذه حوالي ثمانية أشهر[11].

وفي هذا الإطار، تم وضع مسودة لمدونة الأسرة، وهي عبارة عن اجتهاد فقهي جماعي، حاول التوصل – مبدئيا – إلى أنسب الحلول الشرعية والأقرب إلى مقاصد الشريعة الإسلامية، مع مراعاة متطلبات القرن الواحد والعشرين.

---

10 - حول الجو الذي كان سائدا داخل اللجنة الاستشارية الملكية لإصلاح مدونة الأحوال الشخصية، انظر في هذا الصدد:

- نزهة كسوس، مسار صياغة مدونة الأسرة، حصيلة وآفاق، مقال منشور ضمن كتاب ثورة هادئة، م.س، ص. 91 وما بعدها.

- نجاة إخيش، اللجنة الاستشارية لمراجعة مدونة الأحوال الشخصية، مخاضات التعارض والتوافق داخل اللجنة حول المدونة، بحث ضمن كتاب ثورة هادئة... م.س، ص 105 وما بعدها.

11 - نزهة جسوس، م.س، بنفس الموضع.

ثالثا - تقديم أهم مستجدات مشروع مدونة الأسرة أمام البرلمان بواسطة خطاب ملكي:

بمناسبة افتتاح الدورة البرلمانية الخريفية التي صادفت يوم الجمعة 10 أكتوبر 2003، ألقى صاحب الجلالة الملك محمد السادس خطابا هاما، قدم من خلاله أهم مستجدات المشروع، المتعلق بمدونة الأسرة التي سوف تحل محل مدونة الأحوال الشخصية، جاء في هذا الخطاب :

« أما بالنسبة للأسرة والنهوض بأوضاع المرأة، فإنني قد أبرزت إشكالها الجوهري، غداة تحملي الأمانة العظمى لإمارة المؤمنين متسائلا في خطاب عشرين غشت لسنة 1999: « كيف يمكن الرقي بالمجتمع، والنساء اللواتي يشكلن نصفه، تُهدر حقوقهن ويتعرضن للحيف والعنف والتهميش، في غير مراعاة لما خولهن ديننا الحنيف، من تكريم وإنصاف ؟ ».

وفضلا عما اتخذناه من قرارات ومبادرات، ذات دلالة قوية، للنهوض بأوضاع المرأة وإنصافها، فإننا لم نتردد في تجنيب المجتمع، مغبة الفتنة حول هذه القضية، بتكوين لجنة استشارية متعددة المشارب والاختصاصات، لاقتراح مراجعة جوهرية لمدونة الأحوال الشخصية، عاملين على تزويدها بتوجيهاتنا السامية باستمرار، إلى أن رَفعَت إلى نظرنا السديد حصيلة أعمالها.

وبهذه المناسبة، نود أن ننوه برئيسها وجميع أعضائها، معتبرين أن ما عرفته هذه اللجنة أحيانا، من تباين في بعض القضايا، إنما هو من قبيل كون اختلاف العلماء رحمة.

«لقد توخينا، في توجيهاتنا السامية لهذه اللجنة، وفي إبداء نظرنا في مشروع مدونة الأسرة، اعتماد الإصلاحات الجوهرية التالية:

- أولا : تبني صياغة حديثة بدل المفاهيم التي تمس بكرامة وإنسانية المرأة. وجعل مسؤولية الأسرة تحت رعاية الزوجين، وذلك باعتبار «النساء شقائق للرجال في الأحكام»، مصداقا لقول جدي المصطفى عليه السلام، وكما يروى: «لا يكرمهن إلا كريم ولا يهينهن إلا لئيم».

- ثانيا : جعل الولاية حقا للمرأة الرشيدة، تمارسه حسب اختيارها ومصلحتها، اعتمادا على أحد تفاسير الآية الكريمة، القاضية بعدم إجبار المرأة على الزواج بغير من ارتضته بالمعروف: ﴿ ولا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف ﴾ . وللمرأة بمحض إرادتها أن تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها.

- ثالثا : مساواة المرأة بالرجل بالنسبة لسن الزواج، بتوحيده في ثمان عشرة سنة، عملا ببعض أحكام المذهب المالكي، مع تخويل القاضي إمكانية تخفيضه في الحالات المبررة وكذلك مساواة البنت والولد المحضونين في بلوغ سن الخامسة عشرة لاختيار الحاضن .

- رابعا : فيما يخص التعدد، فقد راعينا في شأنه الالتزام بمقاصد الإسلام السمحة في الحرص على العدل، الذي جعل الحق سبحانه يقيد إمكان التعدد بتوفيره، في قوله تعالى : ﴿ فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة ﴾، وحيث إنه تعالى نفى هذا العدل بقوله: ﴿ ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ﴾، فقد جعله شبه ممتنع شرعا كما تشبعنا بحكمة الإسلام المتميزة، بالترخيص بزواج الرجل بامرأة ثانية، بصفة شرعية لضرورات قاهرة وضوابط صارمة، وبإذن من القاضي، بدل اللجوء للتعدد الفعلي غير الشرعي، في حالة منع التعدد بصفة قطعية .

ومن هذا المنطلق فإن التعدد لا يجوز إلا وفق الحالات والشروط الشرعية التالية:

* لا يأذن القاضي بالتعدد إلا إذا تأكد من إمكانية الزوج في توفير العدل على قدم المساواة مع الزوجة الأولى وأبنائها في جميع جوانب الحياة، وإذا ثبت لديه المبرر الموضوعي الاستثنائي للتعدد .

* للمرأة أن تشترط في العقد على زوجها عدم التزوج عليها باعتبار ذلك حقا لها، عملا بقول عمر بن الخطاب رضي الله عنه : «مقاطع الحقوق عند الشروط» . وإذا لم يكن هنالك شرط، وجب استدعاء المرأة الأولى لأخذ موافقتها، وإخبار ورضى الزوجة الثانية بأن الزوج متزوج بغيرها . وهذا مع إعطاء الحق للمرأة المتزوج عليها، في طلب التطليق للضرر.

- خامسا : تجسيد إرادتنا الملكية، في العناية بأحوال رعايانا الأعزاء، المقيمين بالخارج، لرفع أشكال المعاناة عنهم، عند إبرام عقد زواجهم . وذلك بتبسيط مسطرته، من خلال الاكتفاء بتسجيل العقد بحضور شاهدين مسلمين، بشكل مقبول لدى موطن الإقامة، وتوثيق الزواج بالمصالح القنصلية أو القضائية المغربية، عملا بحديث أشرف المرسلين «يسروا ولا تعسروا» .

- سادسا : جعل الطلاق حلا لميثاق الزوجية يمارس من قبل الزوج والزوجة كل حسب شروطه الشرعية، وبمراقبة القضاء، وذلك بتقييد الممارسة التعسفية للرجل في الطلاق، بضوابط تطبيقا لقوله عليه السلام : «إن أبغض الحلال عند الله الطلاق»، بتعزيز آليات التوفيق والوساطة، بتدخل الأسرة والقاضي . وإذا كان الطلاق، بيد الزوج، فإنه يكون بيد الزوجة بالتمليك . وفي جميع الحالات، يراعى حق المرأة المطلقة في الحصول على كافة حقوقها قبل الإذن بالطلاق . وقد تم إقرار مسطرة جديدة للطلاق، تستوجب الإذن المسبق من طرف المحكمة، وعدم تسجيله إلا بعد دفع المبالغ المستحقة للزوجة والأطفال على الزوج. والتنصيص على أنه لا يقبل الطلاق الشفوي في الحالات غير العادية .

- سابعا : توسيع حق المرأة في طلب التطليق، لإخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج، أو للإضرار بالزوجة مثل عدم الإنفاق أو الهجر أو العنف، وغيرها من مظاهر الضرر، أخذا بالقاعدة الفقهية العامة: «لا ضرر ولا ضرار»، وتعزيزا للمساواة والإنصاف بين الزوجين . كما تم إقرار حق الطلاق الاتفاقي تحت مراقبة القاضي .

- ثامنا : الحفاظ على حقوق الطفل، بإدراج مقتضيات الاتفاقيات الدولية، التي صادق عليها المغرب . وهذا مع اعتبار مصلحة الطفل في الحضانة من خلال تخويلها للأم، ثم للأب ثم لأم الأم . فإن تعذر ذلك، فإن للقاضي أن يقرر إسناد الحضانة لأحد الأقارب الأكثر أهلية . كما تم جعل توفير سكن لائق للمحضون واجبا مستقلا عن بقية عناصر النفقة، مع الإسراع بالبت في القضايا المتعلقة بالنفقة في أجل أقصاه شهر واحد .

- تاسعا: حماية حق الطفل في النسب، في حالة عدم توثيق عقد الزوجية لأسباب قاهرة، باعتماد المحكمة البينات المقدمة في شأن اثبات البنوة، مع فتح مدة زمنية في خمس سنوات لحل القضايا العالقة في هذا المجال، رفعا للمعاناة والحرمان عن الأطفال في مثل هذه الحالة.

- عاشرا: تخويل الحفيدة والحفيد من جهة الأم، على غرار أبناء الإبن، حقهم في حصتهم من تركة جدهم، عملا بالاجتهاد والعدل في الوصية الواجبة.

- حادي عشر: أما في ما يخص مسألة تدبير الأموال المكتسبة، من لدن الزوجين خلال فترة الزواج: فمع الاحتفاظ بقاعدة استقلال الذمة المالية لكل منهما، تم اقرار مبدأ جواز الاتفاق بين الزوجين، في وثيقة مستقلة عن عقد الزواج، على وضع إطار لتدبير أموالهما المكتسبة، خلال فترة الزواج، وفي حالة عدم الاتفاق يتم اللجوء إلى القواعد العامة للإثبات بتقدير القاضي لمساهمة كلا الزوجين في تنمية أموال الأسرة.

حضرات السيدات والسادة البرلمانيين المحترمين،

إن الإصلاحات التي ذكرنا أهمها، لا ينبغي أن ينظر إليها على أنها انتصار لفئة على أخرى، بل هي مكاسب للمغاربة أجمعين. وقد حرصنا على أن تستجيب للمبادئ والمرجعيات التالية:

- لا يمكنني بصفتي أميرا للمؤمنين، أن أحل ما حرم الله وأحرم ما أحله.

- الأخذ بمقاصد الإسلام السمحة، في تكريم الإنسان والعدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف، وبوحدة المذهب المالكي والاجتهاد، الذي يجعل الاسلام صالحا لكل زمان ومكان، لوضع مدونة عصرية للأسرة، منسجمة مع روح ديننا الحنيف.

- عدم اعتبار المدونة قانونا للمرأة وحدها، بل مدونة للأسرة، أبا

وأما وأطفالا، والحرص على أن تجمع بين رفع الحيف عن النساء، وحماية حقوق الأطفال، وصيانة كرامة الرجل. فهل يرضى أحدكم بتشريد أسرته وزوجته وأبنائه في الشارع أو بالتعسف على ابنته أو أخته؟

- وبصفتنا ملكا لكل المغاربة، فإننا لا نشرع لفئة أو جهة معينة وإنما نجسد الإرادة العامة للأمة، التي نعتبرها أسرتنا الكبرى.

وحرصا على حقوق رعايانا الأوفياء المعتنقين للديانة اليهودية، فقد أكدنا في مدونة الأسرة الجديدة، أن تطبق عليهم أحكام قانون الأحوال الشخصية المغربية العبرية.

وإذا كانت مدونة 1957 قد وضعت، قبل تأسيس البرلمان، وعدلت سنة 1993، خلال فترة دستورية انتقالية، بظهائر شريفة، فإن نظرنا السديد ارتأى أن يعرض مشروع مدونة الأسرة على البرلمان، لأول مرة، لما يتضمنه من التزامات مدنية، علما بأن مقتضياته الشرعية هي من اختصاص أمير المؤمنين.

وإننا لننتظر منكم أن تكونوا في مستوى هذه المسؤولية التاريخية، سواء باحترامكم لقدسية نصوص المشروع، المستمدة من مقاصد الشريعة السمحة، أو باعتمادكم لغيرها من النصوص، التي لا ينبغي النظر إليها بعين الكمال أو التعصب، بل التعامل معها بواقعية وتبصر، باعتبارها اجتهادا يناسب مغرب اليوم، في انفتاح على التطور الذي نحن أشد ما نكون تمسكا بالسير عليه، بحكمة وتدرج.

وبصفتنا أميرا للمؤمنين، فإننا سننظر إلى عملكم، في هذا الشأن، من منطلق قوله تعالى: ﴿ وشاورهم في الأمر ﴾ وقوله عز وجل: ﴿ فإذا عزمت فتوكل على الله ﴾.

وحرصا من جلالتنا، على توفير الشروط الكفيلة بحسن تطبيق مدونة الأسرة، وجهنا رسالة ملكية إلى وزيرنا في العدل، وقد أوضحنا فيها أن هذه المدونة، مهما تضمنت من عناصر الإصلاح، فإن تفعيلها يظل رهينا بإيجاد قضاء أسري عادل، وعصري وفعال، لاسيما وقد تبين من خلال تطبيق المدونة الحالية، أن جوانب القصور والخلل لا ترجع

فقط إلى بنودها، ولكن بالأحرى إلى انعدام قضاء أسري مؤهل، ماديا وبشريا ومسطريا، لتوفير كل شروط العدل والانصاف، مع السرعة في البت في القضايا، والتعجيل بتنفيذها.

كما أمرناه بالإسراع بإيجاد مقرات لائقة لقضاء الأسرة، بمختلف محاكم المملكة، والعناية بتكوين أطر مؤهلة من كافة المستويات، نظرا للسلطات التي يخولها هذا المشروع للقضاء، فضلا عن ضرورة الإسراع بإحداث صندوق التكافل العائلي.

كما أمرناه أيضا، بأن يرفع إلى جلالتنا اقتراحات بشأن تكوين لجنة من ذوي الاختصاص، لإعداد دليل عملي، يتضمن مختلف الأحكام والنصوص، والاجراءات المتعلقة بقضاء الأسرة، ليكون مرجعا موحدا لهذا القضاء، وبمثابة مسطرة لمدونة الأسرة، مع العمل على تقليص الآجال، المتعلقة بالبت في تنفيذ قضاياها الواردة في قانون المسطرة المدنية الجاري به العمل...».

ومن الملاحظ أن هذا الخطاب ليست له مجرد قيمة تاريخية فحسب، إنما أصبح في الوقت الراهن، جزءا لا يتجزأ من مدونة الأسرة، إذ هو ديباجة لها، يكملها ويفسرها ويبين أبعادها، بل ويؤصل - من الناحية الشرعية - أهم قواعدها. وعلى القاضي، كلما التبس عليه الأمر بخصوص مسألة من المسائل أن يستأنس بما تضمنه هذا الخطاب من تقريرات فقهية.

رابعا - مشروع مدونة الأسرة أمام البرلمان :

1 - بعد مصادقة المجلس الوزاري على مشروع مدونة الأسرة، تم عرض هذا الأخير تحت رقم 70-03 من طرف وزير العدل على لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان، والتي وافقت عليه بالإجماع مع تغييرات شكلية جد بسيطة. وكان ذلك بتاريخ 14 يناير 2004.

2 - عرض تقرير لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان بعد ذلك على مجلس النواب.

وقد كان العرض في حقيقته مجرد تمجيد للمبادرة الملكية، وترديدا لفقرات من الخطاب الملكي وملخصا من تدخلات وتوضيحات كل من وزير العدل ووزير

الأوقاف والشؤون الإسلامية بخصوص المشروع، كل في حدود اختصاصاته[12]، واللذين لم يسبق لهما أن أبديا أي اعتراض ولو بسيط بشأنه. فالكل يردد أننا أمام "مشروع مجتمعي حداثي".

3 - صادق مجلس النواب بالإجماع على مشروع مدونة الأسرة يوم 16 يناير 2004.

4 - صادق على المشروع بعد ذلك مجلس المستشارين يوم 23 يناير 2004، بدون أي تعديل.

5 - وفي 3 فبراير 2004 استقبل الملك رئيسي مجلسي البرلمان اللذين سلماه القانون رقم 70-03 المتعلق بمدونة الأسرة التي تمت المصادقة عليه بإجماع ممثلي الأمة.

وهكذا، سوف نتحول عن طريق القانون رقم 70-03 من مدونة للأحوال

12 - تجدر الإشارة في البداية إلى أن مشروع القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة قدم في شأنه على مستوى لجنة العدل والتشريع وحقوق الإنسان ما يزيد على 160 اقتراح تعديل شملت أكثر من مائة مادة بالإضافة إلى الديباجة وعنوان أحد الأبواب. وقد قدمت هذه التعديلات من طرف الفرق والمجموعة النيابية التالية :

- فرق الأغلبية والمجموعة النيابية لجبهة القوى الديمقراطية وتتكون هذه الفرق من: الفريق الاشتراكي، والفريق الاستقلالي للوحدة والتعادلية، والفريق الحركي، وفريق التجمع الوطني للأحرار، وفريق التحالف الاشتراكي، وفريق الاتحاد الديمقراطي. وقد تقدمت بـ 54 اقتراح تعديل قبل منها 53 اقتراح تعديل وتم سحب اقتراح تعديل واحد.

- فريق العدالة والتنمية تقدم بـ 43 اقتراح تعديل وافقت اللجنة من بينها على أربعة فقط، ورفضت ثمانية، وتم سحب 12 اقتراح تعديل.

- المجموعة النيابية لحزب اليسار الاشتراكي الموحد تقدمت بـ 48 اقتراح تعديل وافقت اللجنة من بينها على اقتراح تعديل واحد ورفضت 45 اقتراح تعديل، وتم سحب اقتراحي تعديلين اثنين.

وتتناول هذه التعديلات، بالإضافة إلى تصدير المشروع بديباجة تعكس ما جاء في الخطاب الملكي السامي حول مدونة الأسرة الذي توافقت عليه كل الفرق والمجموعات النيابية، إعادة صياغة بعض المواد أو إعادة تبويبها أو ملاءمتها مع النطق الملكي، وتعديل العديد من الإجراءات المسطرية بشكل يكسبها المزيد من الضمانات وغيرها من القضايا الجوهرية التي أتى بها المشروع والتي توجد تفاصيلها بعده في صلب تلك التعديلات.

وفي الجلسة العمومية التي خصصت لمناقشة هذا المشروع، أعاد فريق العدالة والتنمية والمجموعة النيابية لحزب اليسار الاشتراكي الموحد عرض اقتراحات التعديلات التي رفضتها اللجنة على المجلس والمبينة بعده، وكلها رفضت من طرف المجلس بعد تقديمها والاستماع إلى موقف الحكومة منها وإلى الرأي المعارض والمؤيد لها.

وفي الأخير، عرض مشروع القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة على التصويت، كما صادقت عليه اللجنة فوافق عليه المجلس بالإجماع.

مدونة للأسرة ستطبق ما شاء الله لها أن تطبق.

خامسا - صدور القانون رقم 70-03 :

بعد موافقة البرلمان بغرفتيه على القانون رقم 70-03 بمثابة مدونة الأسرة، صدر ظهير شريف تحت رقم 22-04-1 بتاريخ 12 ذي الحجة 1424 موافق 3 فبراير 2004 يقضي بدخول ذلك القانون إلى حيز التنفيذ بسرعة تمثل سابقة غير مألوفة في القانون المغربي، بل وشرع في تطبيق مدونة الأسرة في وقت لم يكن القضاة قد توصلوا بعد بنسخة منها.

وقد نشر هذا القانون، الذي يحمل رقم 70-03، بالجريدة الرسمية عدد 5184 الصادرة يوم 5 فبراير 2004. ص 418، حيث دخل إلى حيز التطبيق ابتداء من صبيحة ذلك اليوم.

تحتوي مدونة الأسرة على أربع مائة (400) مادة، بالإضافة إلى بعض القرارات الصادرة عن وزير العدل بالخصوص. وما لم تتضمنه هذه المدونة، يرجع فيه إلى الفقه المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف (المادة 400).

وتنقسم مدونة الأسرة إلى ستة كتب تتعلق بالزواج، وبانحلال ميثاق الزوجية، وبالولادة ونتائجها، وبالأهلية والنيابة الشرعية، وبالوصية، وبالميراث.

سادسا - التوجهات العامة لمدونة الأسرة :

راهن المشرع المغربي - من خلال مدونة الأسرة - على احترام المبدأ الدستوري الذي يجعل الرجل والمرأة سواسية أمام القانون[13]، بالإضافة إلى مختلف الاتفاقيات الدولية التي تكرس تلك المساواة وتحرم كل أشكال العنف والتمييز ضد النساء[14]،

13 - انظر مثلا الفصل 19 من الدستور.

14 - يتعلق الأمر أساسا بالإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 10 دجنبر 1948.

- والعهد الدولي المتعلق بالحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16 دجنبر 1966. وقد صادق عليه المغرب بموجب ظهير 8 نونبر 1979.

ج.ر. عدد 3525 بتاريخ 21 يوليو 1980، ص. 634.

- واتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادر عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 18 دجنبر

بالإنسجام مع الحديث النبوي الشريف الذي يجعل «النساء شقائق الرجال» في الأحكام[15]، مع الاهتمام الكبير بحقوق الطفل[16]. وبوضعية الجالية المغربية القاطنة بالخارج.

وبالقراءة المتأنية لمدونة الأسرة، يتضح لنا بقوة أننا أمام مدونة تختلف في بعض جوانبها جوهريا عن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، مع الإشارة إلى أن هناك أحكاما كثيرة لم يمسها أي تغيير، وهناك أحكام مسها بعض التغيير، وهناك بعض الأحكام الجديدة التي ضُمّ أهمها بالكتاب الخاص بالزواج والكتاب الخاص بانحلال ميثاق الزوجية، إضافة إلى التغييرات التي طالت الصياغة والإجراءات، وهو ما سنوضحه في جوانب متفرقة من الكتاب.

وتجب الإشارة إلى أن أغلب التعديلات التي عرفتها مدونة الأسرة هي أحكام ذات طبيعة اجتهادية، تبنى في جزئها الأكبر على المصلحة، والمصلحة مناط للأحكام في الشريعة الإسلامية.

1 - الصياغــــة :

صيغت المدونة بأسلوب عصري بسيط، بعيدا كل البعد عن الصياغة الفقهية، بكيفية تجعل قراءتها في متناول القارئ العادي ولو كان غير متخصص في المادة القانونية.

وقد تم الاستغناء عن بعض المصطلحات الشرعية التي رأى المشرع أنها قد لا تفهم فهما صحيحا فتسيء مثلا إلى شعور المرأة، وهكذا مثلا عوض مصطلح النكاح بمصطلح الزواج، ومصطلح الدخول بمصطلح البناء، ومصطلح الوطء بشبهة بالاتصال بشبهة أو بمجرد الشبهة، وكالئ الصداق بمؤخر الصداق، وعيوب الفرج بالعيوب المانعة من المعاشرة الزوجية. وفي هذا الإطار دائما، تم الاستغناء عن بعض الأحكام ذات الصياغة الفقهية المعقدة، التي كانت تتضمنها بعض النصوص، ومن ذلك مثلا

1979، ودخلت إلى حيز التنفيذ في 3 شتمبر 1981، وانضم إليها المغرب في 21 يونيو 1993، وصدر ظهير نشرها بالجريدة الرسمية في يوم 26 دجنبر 2000.

- ج.ر. عدد 4866 بتاريخ 18 يناير 2001.

15 - يقول رسول الله ﷺ: «إنما النساء شقائق الرجال».

حديث خرجه أبو داود والترمذي والدارمي وأحمد بن حنبل.

16 - وذلك من خلال الاعتماد على الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 20 نوفمبر 1989. وقد صادق عليها المغرب بتاريخ 14 يونيو 1993، وقد سبقت الإشارة إليها وإلى مراجعها.

ما نص عليه البند الأول من الفصل 29 بخصوص الجمع بين الأختين أو بين المرأة وعمتها والمرأة وخالتها وقد جاء فيه:

«الجمع بين امرأتين لو فرضت إحداهما ذكرا حرم عليه التزوج بالأخرى...».

وهناك عبارات كثيرة يصعب فهمها من غير المتخصص مثل: وطء العاقد في العدة ولو بعدها» و«تعلق حق الغير بزواج أو عدة»، وهكذا.

ورغم ذلك، وفي نظرنا، فإن المشرع لم يكن موفقا دائما على مستوى الصياغة التشريعية.

2- مركز القضاء :

نظرا لأهمية مدونة الأسرة، وارتباطها بمصالح أساسية وجوهرية داخل المجتمع، واتصالها العميق بفكرة النظام العام، تقرر أن تطبق تحت إشراف ومراقبة القضاءين، سواء الواقف أم الجالس، مع التذكير هنا بما جاء في ا لخطاب الملكي المتعلق بتقديم مشروع مدونة الأسرة أمام البرلمان:

«...وحرصا من جلالتنا على توفير الشروط الكفيلة بحسن تطبيق مدونة الأسرة، وجهنا رسالة ملكية إلى وزيرنا في ا لعدل، وقد أوضحنا فيها أن هذه المدونة، مهما تضمنت من عناصر الإصلاح، فإن تفعيلها يظل رهينا بإيجاد قضاء أسري عادل وعصري وفعال، لا سيما وقد تبين من خلال تطبيق المدونة الحالية، أن جوانب القصور والخلل لا ترجع فقط إلى بنودها، ولكن بالأحرى إلى انعدام قضاء أسري مؤهل، ماديا وبشريا ومسطريا، لتوفير كل شروط العدل والانصاف، مع السرعة في البت في القضايا، والتعجيل بتنفيذها...».

وهكذا، فالنص التشريعي قد يكون جيدا فتفسده الممارسة القضائية، وقد يكون سيئا فيحسنه التطبيق القضائي، ومن ثمة بات من اللازم الاعتناء الكبير بالقاضي الذي سينظر في قضايا الأسرة.

وعلى مستوى الوظيفة التي يمارسها القضاء داخل المحكمة، فهو ينقسم إلى قسمين رئيسيين:

أ- القضاء الواقف :

يقصد بمصطلح القضاء الواقف هنا، ذلك القضاء الذي يعمل في إطار النيابة العامة بقسم قضاء الأسرة. وسمي كذلك، لأن أعضاءه يرافعون وهم واقفون، خلافا لقضاة الحكم.

تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا التي ترمي إلى تطبيق نصوص مدونة الأسرة. وبالإضافة إلى ذلك، تسمح لها العديد من النصوص بأن تلعب دورا ولائيا كبيرا أو حمائيا[17]، ومن ذلك البحث عن عنوان أحد الزوجين متى استعصى ذلك على المحكمة، أو رد من طرد من بيت الزوجية إلى البيت، أو القيام بتبليغ الجهات المعنية مقرر منع السفر بالمحضون إلى الخارج[18]، أو طلب إسقاط الحضانة ممن أسندت إليه ولكنه يسيء استعمالها بكيفية تضر بالمحضون.

وحتى تقوم النيابة العامة بهذا الدور الأساسي الجديد، يجب أن تتوفر على العدد الكافي من الأطر الملمة بقواعد الفقه الإسلامي، إلى جانب ما يفرضه تكوينها القانوني الأصلي.

إن عمل النيابة العامة في إطار مدونة الأسرة يرتبط بالشرع الإسلامي قبل ارتباطه بالقانون الوضعي.

ب- القضاء الجالس :

يقصد بالقضاء الجالس أو قضاة الأحكام في مجالنا هذا، القضاء المكلف بإصدار الأحكام التي تفصل في مختلف النزاعات التي تعرض على قسم قضاء الأسرة التابع للمحاكم الابتدائية.

---

17 - المادة 3 من مدونة الأسرة.

مع العلم أن هذه القاعدة لا تنسينا أن المشرع قد اعتبرها - أي النيابة العامة - طرفا منضما في قضايا الأسرة على ما يتضح من الصياغة الصريحة للفصل 9 من قانون المسطرة المدنية.

وهذا إشكال سوف نفصله فيما بعد.

18 - انظر حول هذه الاختصاصات :

- محمد عبد النبوي، دور النيابة العامة في قضاء الأسرة، بحث منشور ضمن أعمال الندوة التي نظمتها الجمعية الوطنية الحضن، م.س، ص. 137 وما بعدها.

- حسن بيوض، صلاحيات النيابة العامة في تفعيل مدونة الأسرة، بحث منشور بمجلة المعيار، العدد 32، ص. 144 وما بعدها.

- سفيان ادريوش، دور النيابة العامة في قضاء الأسرة، بحث منشور بمجلة القصر، العدد 9، ص. 83 وما بعدها.

... إضافة إلى اختصاصات أخرى كانت مسندة في إطار مدونة الأحوال الشخصية لقضاة التوثيق أو للقاضي المكلف بشؤون القاصرين.

فقضاء الأسرة - وأعني قضاء الحكم - هو الذي يشرف على التعدد، وهو الذي يحكم بوجود أو عدم وجود العلاقة الزوجية في حالة عدم توثيقها، ويأذن بالطلاق بكل أنواعه، ويجري مسطرة التصالح، ويحكم بالتطليق بكل أسبابه، وينظر في دعاوى النسب، ودعاوى الحضانة، ودعاوى النفقة، ويحكم ببطلان الزواج وفساده وبوفاة المفقود، ويحكم بالحجر على القاصر ويرفعه عنه، وهو الذي يتولى مراقبة النيابات القانونية، وينظر في قضايا الإرث، وقضايا الحالة المدنية، وقضايا الأطفال المهملين، وهو المختص بتذييل الأحكام الأجنبية المتعلقة بالطلاق أو التطليق أو الخلع أو الفسخ بالصيغة التنفيذية[19].

وفي إطار مدونة الأسرة، تم تفعيل غرفة المشورة، لاعتبارات لا تحتاج إلى بيان، وفي مقدمتها الحفاظ على أسرار الزوجين، مما قد يفيد في حل بعض النزاعات الخاصة بينهما.

وأحدث المشرع مؤسسة قاضي الأسرة[20] إلى جانب كل من مؤسسة قاضي التوثيق[21] والقاضي المكلف بشؤون القاصرين[22]، مع إمكانية تدخل قاضي الأمور

---

19 - المادة 128 من مدونة الأسرة.

20 - تنص الفقرة الثانية من الفصل 179 من ق.م.م على أنه:
"يمارس مهام قاضي الأسرة المكلف بالزواج قاض من المحكمة الابتدائية يعين لمدة ثلاث سنوات بقرار لوزير العدل".
وانظر حول مؤسسة قاضي الأسرة:
- امحمد العسري، مؤسسة قاضي الأسرة المكلف بالزواج بين النظرية والتطبيق، مقال منشور ضمن أعمال الذكرى الخمسينية لتأسيس المجلس الأعلى، العدد الخاص بقضايا الأسرة، مطبعة الأمنية بالرباط، 2007، ص 55.

21 - تنص المادة 37 من المرسوم رقم 2.08.378 الصادر في 28 أكتوبر 2008 بتطبيق القانون رقم 03-16 المتعلق بخطة العدالة:
«يكلف وزير العدل بمقتضى مقرر قاضيا أو أكثر بشؤون التوثيق بدائرة كل محكمة ابتدائية.
يوضع حد لهذا التكليف بنفس الطريقة، كلما استوجب الأمر ذلك».
وقد بينت المادة 38 من نفس المرسوم أعلاه مختلف المهام القانونية والرقابية المسندة إلى قاضي التوثيق.

22 - ينص الفصل 182 من ق.م.م على أنه:
«يمارس مهام القاضي المكلف بشؤون القاصرين قاض من المحكمة الابتدائية يعين لمدة ثلاث سنوات بقرار لوزير العدل».

المستعجلة بدوره في هذا المجال[23].

وأخيرا، تم تعديل العديد من النصوص المضمنة في قانون المسطرة المدنية حتى تنسجم مع الإجراءات المضمنة في المدونة الجديدة[24].

ومن البديهي أن قاضي الحكم، وبالإضافة إلى تكوينه الشرعي والقانوني، يجب أن يكون ملما بالقضايا الاجتماعية عموما، وبقضايا الأسرة على وجه الخصوص.

3 - مصادر مدونة الأسرة :

بالتمعن الجيد في أحكام مدونة الأسرة، وبتتبع أحكامها نصا بعد نص، يتضح بيقين أنها حافظت غالبا على المرجعية الفقهية، غير أنها طعمت تلك المرجعية بأحكام

وأغلب مهام القاضي المكلف بشؤون القاصرين منظمة في إطار القسم الثاني من الكتاب الرابع من مدونة الأسرة المتعلق بالأهلية والنيابة الشرعية، بالإضافة إلى نصوص أخرى، ومن ذلك تلك المضمنة بالباب الثالث من القسم الخامس المتعلق بالمساطر الخاصة بالأحوال الشخصية، وتلك المضمنة بالقانون الخاص بالأطفال المهملين.

ويوجد إلى جانب المؤسسات القضائية أعلاه، والمنظمة بنصوص تشريعية، قاض للاتصال un juge de liaison وهو من اجتهاد وزارة العدل، حيث تم تنظيم وظيفته بمذكرة صادرة عن الكتابة العامة تحمل رقم 2525.

تم تعيين قاض للاتصال بكل من فرنسا وإسبانيا. وطبقا للمذكرة أعلاه:
«فقاضي الاتصال ينشط ويتواصل ويزيل العقبات ويبسط السبل ويعمل على تداول المعلومة ويسرع وثيرة الانجاز. سيما فيما يرتبط بالآجال المسقطة. ومجال تحركه لا حدود له، ما دام يتم في دائرة مجالات التعاون الذي يجمع البلدين، وفي نطاق المتعارف من القواعد والأعراف التي تنظم العلاقات الدولية المبنية على المساواة والمعاملة بالمثل والاحترام والتقدير المتبادل وفق ما تقتضيه السيادة والالتزام باستقلال القضاء.
فالمهام التقليدية للتعاون في المجال المدني وكذا ما له صلة بالأسرة (نفقة، زيارة، حضانة، إرجاع الأطفال، اعتراف بالزواج، الطلاق) والمجال الجنائي (تعاون قضائي، تسليم المجرمين، نقل المعتقلين المحكوم عليهم) كلها مهام تعتبر قطب التعاون، إذ على قاضي الاتصال أن يقف وراء تنفيذ كل محتوياته وأن يجد مع السلطات الأخرى التأويل المنشود الذي يرومه طرفا التعاون.
إلى جانب هذا قد ينشأ بين البلدين تعاون تقني في نطاق خطة عمل وتمويل معين وعلى قاضي الاتصال أن يساهم في التهيء له والمشاركة في التوافق عليه وتفعيله ومواكبة كل مراحله.
وفضلا عن ذلك، فإن قاضي الاتصال يعتبر وسيطا يسهل تبادل التجارب ويعرف بالاجتهادات الصادرة عن المحاكم العليا وأهم ما يرافقها من نقاش، وفي ذات الوقت يعرف بمضامين التشريع الوطني ومساطر بلاده وما ترتبط به مع دول أخرى من اتفاقيات...».

23 - راجع مثلا الفقرة الثالثة من المادة 179 من مدونة الأسرة.

24 - وللوقوف على جوانب خاصة تتصل بالإجراءات المسطرية في إطار مدونة الأسرة، انظر :
- عبد اللطيف الحاتمي، المستجدات المسطرية في مدونة الأسرة بخصوص انحلال ميثاق الزوجية ومدى تحقيقها لمبدأ المساواة بين الزوجين، بحث منشور ضمن أشغال اليوم الدراسي الذي نظمته الجمعية الوطنية، الحضن، م.س، ص. 71 وما بعدها.

جديدة مستقاة بالأساس من القانون الوضعي، سواء في شقه المدني أو الجنائي، مع انفتاح واسع على الاتفاقيات الدولية، التي تهم حقوق المرأة وحقوق الطفل على وجه التحديد.

وبالإضافة إلى كل ما سبق، هناك مقتضيات جديدة لا تبررها إلا المصلحة الآنية للمجتمع، ومن ذلك المادة 49 والمادة 156، على ما سنوضحه في حينه.

أ ـ المصادر الشرعية :

اعتمدت مدونة الأسرة، في سن أحكامها الموضوعية، مثلما في ذلك مثل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، على المذاهب السنية الأربعة، إلى جانب المذهب الظاهري، من خلال تقريرات الفقيه الكبير ابن حزم، صاحب كتاب المحلى.

غير أن هذه المذاهب لم تبق في أماكنها، كما كانت في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، إنما لوحظ تحول في بعض مواقعها. وهكذا مثلا فقد أخذت مدونة الأحوال الشخصية بالمذهب المالكي ـ الموافق لموقف الجمهور ـ في مجال الولاية كشرط في الزواج، واعتنقت مدونة الأسرة عوضه – جزئيا – المذهب الحنفي، وأخذت مدونة الأحوال الشخصية بالمذهب الشافعي فيما يخص كمية اللبن الموجب للتحريم، ورجعت مدونة الأسرة عوضه إلى المذهب المالكي، والشروط الإرادية في مدونة الأسرة تكريس لمواقف المذهب الحنبلي. وتخلت مدونة الأسرة عن المذهب المالكي فيما يتعلق بالتمييز في الزواج الفاسد لعقده بين الزواج المجمع على فساده والزواج المختلف في فساده وأخذت بالمذهب الحنفي الذي يميز بين الزواج الباطل والزواج الفاسد، مثلا. وأخذت بالمذهب الظاهري بخصوص منح المتعة للمطلقة في كافة الأحوال، وهكذا.

وسكتت مدونة الأسرة عن بعض الأحكام الشرعية الخاصة مثل الطلاق السني والطلاق البدعي، واستحدثت أخرى مثل الطلاق بسبب الشقاق والطلاق الاتفاقي، وضعفت أخرى مثل مؤسسة الرجعة المترتبة على الطلاق الرجعي التي أصبحت متوقفة على قبول الزوجة، وقيدت أخرى مثل التعدد الذي أصبح من الصعب جدا تحققه، حيث تحول من القاعدة إلى الاستثناء الذي تحتاج ممارسته بالأساس إلى مبرر موضوعي يقنع به الزوج المحكمة.

ويبقى أن من أغرب ما أخذت به مدونة الأسرة إضفاء الشرعية على حمل المخطوبة

من خاطبها متى تحققت شروط معينة، مع العلم أن الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج. ورغم ذلك فالصياغة التي صيغت بها المادة 156 في هذا المجال قد قربت الخطبة كثيرا من الزواج، بل وتبدو بمثابة زواج لم يوثق لأسباب قاهرة.

والظاهر أن كل ما جاءت به مدونة الأسرة من مستجدات بالإمكان تأصيله[25] بالمصلحة، والمصلحة تبنى عليها الأحكام في الشريعة الإسلامية، متى تحققت شروط[26] حددها الفقهاء، ومن أبرزها ألا تصطدم بنص قطعي الدلالة والثبوت مضمن بكتاب الله أو بسنة رسوله أو بإجماع صحابته.

وفي نظرنا أن المصلحة تبقى هنا – في نظرنا – مسألة نسبية قد تختلف بشأنها الأفهام.

وأخيرا، نشير إلى المادة 400 منها بخصوص ما لا نص فيه في مدونة الأسرة، التي فتحت باب الاجتهاد في إطار الفقه المالكي وكذلك الاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف، وكلها مصطلحات من السهل تأصيلها بنصوص من كتاب الله عز وجل وبنصوص من سنة نبيه الكريم صلى الله عليه وسلم. وفي هذا الإطار، سنعمل – ما وسعنا الجهد – على الانفتاح على المذاهب السنية الأخرى، تعميقا لدراستنا هذه.

ب ـ المصادر الوضعية :

لم تعد مدونة الأسرة مدونة فقهية صرفة، إنما قد استعانت بالعديد من القواعد الوضعية ـ دون المساس بالثوابت الشرعية ـ ومن ذلك أن الإثبات في إطارها لم يعد مقتصرا على البينة الشرعية وحدها، وإنما على وسائل الإثبات كلها من موضوعية

---

25 - انظر لمزيد من الإيضاح حول الموضوع :

ـ عبد الهادي بوطالب، م.س، بنفس الموضع.

ـ أحمد الخمليشي، كلمة حول تأصيل المقتضيات الجديدة لمدونة الأسرة، بحث منشور ضمن سلسلة شرفات، 12، م.س، ص. 125 وما بعدها.

ـ محمد الكشبور، أحكام الزواج والانفتاح على المذاهب الفقهية الأخرى، بحث منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 50، ص. 91 وما بعدها.

26 - وانظر حول مفهوم المصلحة وموقف فقهاء الشريعة الإسلامية منها:

ـ د. حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبي، القاهرة، جمهورية مصر العربية، 1981.

ـ أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، الجزء الثاني من المجلد الأول، ت.غ.م، ص. 3 وما بعدها.

وإجرائية، وبما في ذلك الخبرة الطبية في أكثر من مجال. وتم الأخذ بقواعد المسؤولية المدنية على أكثر من مستوى، بل وتم الأخذ أحيانا بالمسؤولية الجنائية كذلك. واعتمدت قاعدة العقد شريعة المتعاقدين على نطاق واسع، حيث نجد تطبيقاتها في مجال منع التعدد، وفي مجال تدبير الأموال المشتركة، وفي مجال الطلاق بالاتفاق، وفي مجال التطليق للإخلال بشرط من شروط عقد الزواج. ونبه المشرع القضاء إلى أنه يمكن اعتماد عيوب الرضا من إكراه وتدليس لفسخ عقد الزواج، كما نبه إلى أنه يمكن الأخذ بنظرية الظروف الطارئة في مجال الشروط (المادة 48)، رغم أن المشرع لم يأخذ بها بنص عام لا في قانون الالتزامات والعقود ولا في باقي فروع القانون الخاص الأخرى، كمدونة التجارة ومدونة الشغل.

وتنسجم مدونة الأسرة في عموميتها مع مختلف الاتفاقيات الدولية التي تحمي حقوق المرأة وحقوق الطفل المادية والمعنوية على حد سواء[27]، وهو ما سبقت الإشارة إليه.

وفي النهاية، وحتى نساهم بدورنا - ومن خلال هذا الكتاب - بالارتقاء بهذه المدونة إلى المستوى المطلوب، وفهمها فهما جيدا، وإصلاح ما يمكن إصلاحه منها في المستقبل -إن شاء رب العزة- سوف نبدي بشأنها العديد من الملاحظات، منها ما يتعلق بالشكل ومنها ما يتعلق بالجوهر، فنؤيد ونصوب وننتقد، مع العلم أننا بدورنا قد نصيب وقد نخطئ، إذ لا كمال إلا لله ولا عصمة إلا لشريعته. وحتى نقف على عمق التعديلات التي جاء بها المشرع في المدونة الجديدة، كثيرا ما سنقوم باستحضار أحكام المدونة الملغاة، فتكون دراستنا هذه مقارنة، والمقارنة تشحذ الذهن وتبين إيجابيات النصوص ونواقصها.

ومن البديهي - وفي هذا الإطار دائما - أن نرجع بين الفينة والأخرى إلى بعض القوانين المقارنة توضيحا للقواعد التي نوردها.

ولن نهمل العمل القضائي الذي يمثل الجانب العملي والتطبيقي للنصوص التشريعية والشرعية المرتبطة بمدونة الأسرة، والذي كثيرا ما يسد الفراغ أو النقص التشريعي.

---

27 - وانظر من أجل التوسع:
- عبد الخالق أحمدون، الزواج والطلاق في مدونة الأسرة، دراسة مقارنة مع أحكام الفقه الإسلامي وقوانين دول المغرب العربي والاتفاقيات الدولية، طوب بريس، الرباط، الطبعة الأولى، 2006، ص. 61 وما بعدها.

ونشير أخيرا إلى أننا سنقسم هذه الدراسة إلى جزئين: نخصص الأول إلى الزواج ونخصص الثاني لانحلال الزواج.

والسلام

الدوحة في 8 نوفمبر 2012م

مدخل عام

تمهيد :

ينطلق عقد الزواج بحسب الأصل من تعاقد شرعي بين رجل وامرأة، يشهد على إبرامه ويوثقه عدلان منتصبان للإشهاد، موضوعه تأسيس أسرة يقومان معا – أي الزوج والزوجة – برعايتها، على ما يستفاد من المادة الرابعة من مدونة الأسرة الصادرة مؤخرا بالقانون رقم 70–03.

وداخل الأسرة، يتم إنجاب الأطفال - وهم زينة الحياة الدنيا - عادة، يتربون ويتهيأون ليقوموا بدورهم كاملا داخل المجتمع، فيساهمون في تقدم هذا المجتمع وارتقائه، ومن ثمة كان الزواج مؤسسة لا تقبل التأقيت.

وفي الوقت الحالي، فإن القانون عموما هو الذي يحكم أوضاع الأسرة تأسيسا وسيرورة وآثارا، أي حقوقا والتزامات، سواء فيما بين الأزواج أو فيما بينهم وبين أبنائهم، بل وهو الذي يحكم انتهاءها كذلك، بالطلاق أو بالتطليق بكل أنواعهما أو بالوفاة، أو بالفسخ، حسب الأحوال.

ويتمثل القانون من حيث مفهومه العام والشامل في مجموعة القواعد الاجتماعية الملزمة التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين الأفراد. فهو يبين حقوقهم ويحدد التزاماتهم، بالإضافة إلى أنه هو الذي يحفظ بعض المراكز القانونية الخاصة بهم.

والقانون بمفهومه هذا قد يجد مصادره الأصلية في التشريع أو العرف أو قواعد الفقه الإسلامي، أو في مصادره الاستثنائية المتمثلة في القضاء والفقه مبدئيا، ما لم يقض المشرع بنص صريح بخلاف ذلك، مع العلم أن المشرع المغربي لم يحدد هذه المصادر من خلال نص عام.

وقد دأبت الدراسات الأكاديمية منذ زمن بعيد على تقسيم القانون إلى عام وخاص[1].

---

1 - راجع كتب المدخل لدراسة القانون.

ويجمع الكل على أن القانون المدني يمثل أهم فرع من فروع القانون الخاص على الإطلاق، مع الإشارة إلى أن الفقه المالكي يحتل مركزا متميزا في رحاب ذلك القانون[2].

وتهتـم قواعد القانـون المدني في عموميتها بتنظيم العلاقات الخاصة التي تنشأ بين الأفراد داخل المجتمع - وسواء أكانـوا طبيعيين أو معنويين - أو بينهم وبين الدولة أو من يقوم مقامها في أحوال معينة، عدا ما يتناوله بالتنظيم فرع آخر من فروع القانون الخاص، كمدونة التجارة وقانون الشركات ومدونة الشغل، على سبيل المثال.

والأصل أن قواعد القانون المدني تحكم نوعين متميزين من الروابط القانونية: روابط تستهدف تداول الأموال والحقوق المرتبطة بها بين أفراد المجتمع، وروابط تستهدف إنشاء أسرة وتنظيم العلاقات غير المالية التي تنشأ بين الأفراد المكونين لها.

تصنف الروابط الأولى عادة ضمن ما يسمى بالأحوال العينية le statut réel، بينما تصنف الروابط الثانية ضمن ما يسمى بالأحوال الشخصية[3] le statut personnel، وجانب من هذه الروابط الأخيرة هي التي تهمنا في هذا المجال. ويتعلق الأمر بالزواج وآثاره، وبانحلال الرابطة الزوجية وآثاره.

فقرة أولى - مبادئ أوليـة :

أولا - مضمون القانون المدني[4] في دول أوروبا الغربية:

تجمع التقنينات المدنية Les codes civils لدول أوروبا الغربية بين دفتيها عادة الأحكام المتعلقة بالعلاقات المالية التي تنشأ بين مختلف الأفراد، وسواء ما يعرف

2 - فهو يمثل أحد مصادره التاريخية وهو يكمله حاليا بخصوص ما لا نص فيه.

3 - حول هذا التصنيف، راجع كتب القانون المدني، وراجع بالخصوص:

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الأول، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1964، ص. 115 وما بعدها.

4 - يرادف القانون المدني في مدلوله العام القانون الخاص، وهو ما نقصده عندما نتحدث عن تنظيم العلاقات المدنية.

ويقصد بالقانون المدني في مفهومه الخاص، جميع القواعد القانونية التي تحكم العلاقات الخاصة باستثناء ما يحكمه القانون التجاري أو قانون الشغل.

منها بالحقوق الشخصية أو ما يعرف منها بالحقوق العينية، بالإضافة إلى الأحكام التي تهتم بتنظيم العلاقات الأسرية، والتي يصطلح على تسميتها عادة بقوانين الأحوال الشخصية.

ولعل السبب الرئيسي في ذلك - أي في تنظيم الحقوق المالية إلى جانب الحقوق الأسرية - دون تمييز هو أن تلك التشريعات - وبخلاف الوضع عندنا - اتخذت العلمانية مذهبا ونهجا لها، ففصلت مبكرا بين الدين والدولة[5]، حيث انعكس ذلك بصفة جلية ومباشرة على القواعد القانونية التي تنظم العلاقات التي تنشأ بين أفراد مجتمعاتها، بل وانعكس ذلك بالخصوص حتى على مصادرها المادية، بل وعلى مواقف قضائها كذلك[6].

5 - فمثلا ينص الفصل الثاني من الدستور الفرنسي الصادر في 4 أكتوبر 1958، على أن فرنسا تعد دولة لائكية وديمقراطية واجتماعية، وهي تسهر على تحقيق المساواة أمام القانون دون تمييز في الأصل أو العرق أو الدين، ثم إنها تحترم جميع المعتقدات.

— "La France est une république indivisible, laïque, démocratique et sociale. Elle assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine. Elle respecte toutes les croyances…".

وعلى الرغم من ذلك، فإن المساواة التي يتحدث عنها الدستور الفرنسي لم تحترم قضائيا في قضية الحجاب. انظر موقف ابتدائية باريس الصادر في 2 يونيو 1991 المتعلق بقضية الحجاب والمعروفة بقضية خرواعة ومن معها، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 66، ص. 237.

وهو حكم أعادت التأكيد عليه محكمة النقض الفرنسية (الغرفة الكبرى) بالقرار الصادر عنها بتاريخ 10 نوفمبر 2005، مشار إلى مراجعه بالنشرة الإخبارية للمجلس الأعلى، العدد 17، ص. 26، بعد صدور قانون 15 مارس 2004 الذي يحرم ارتداء الحجاب في المدارس الثانويات.

ولأخذ فكرة شاملة عن موقف الدساتير الأوروبية الأخرى حول الموضوع، انظر بالخصوص:

— Maurice Duverger, "Constitutions et documents politiques", Thémis P.U.F, 1987.

6 - وهكذا، فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بباريس أن النظام العام الفرنسي يمنع تطبيق القانون الأجنبي ذي الطبيعة الدينية الذي لا يعترف بحرية الزواج.

— "L'ordre public français s'oppose aux obstacles de nature religieuse qu'une loi étrangère (loi marocaine) établit à l'encontre de la liberté matrimoniale…".

— Paris, 9 janvier 1995. D. 1996, Somm. 171, obs. Audit.

وتقتصر محكمة النقض الفرنسية لتكريس نفس الموقف أعلاه باستعمال عبارة «تخالف المفهوم الفرنسي للنظام العام الدولي...».

— "… Est contraire à la conception française de l'ordre public international…".

— Civ. 1ère, 9 octobre 1991, Bull. civ. I, n° 249.

— Civ. 1ère, 10 février, 1993, Bull. civ. I, n° 64.

والنظر من أجل التوسع:

وكنتيجة حتمية لذلك الانفصال – أي انفصال الدين عن الدولة – ، ظهرت في القوانين المدنية الغربية - وخاصة ما يتصل منها بمجال الأحوال الشخصية - مجموعة من القواعد القانونية التي تحكم بعض الأوضاع أو تنظم بعض الحقوق التي لا تعترف بها الديانات السماوية عموما والشريعة الإسلامية على وجه الخصوص، ومن ذلك مثلا إباحة الدعارة كمظهر من مظاهر الحرية الإنسانية[7]، والعلاقات الجنسية الحرة Le concubinage وهي زنا محض عندنا[8] والحقوق التي يتمتع بها الأولاد الطبيعيون في علاقتهم بأبيهم البيولوجي، ومسألة التبني، والوصية للخليلة، والتلقيح الاصطناعي خارج الإطار الشرعي، وكراء الأرحام، وتخزين الحيوانات المنوية، بل والاتجار فيها، إلى غير ذلك من الأوضاع الشاذة الأخرى كالإنجاب عن طريق الأنابيب بدون ضابط شرعي.

وفي الوقت الراهن، يكاد الغرب كله إلا ما نذر - وتحت شعار احترام الحرية الفردية - يعترف بزواج المثليين، وهو زواج خارج الناموس الطبيعي للحياة داخل المجتمع. فهو بكل بساطة إشهار لفاحشة قوم لوط عليه السلام، والتي ذمها القرآن الكريم في أكثر من سورة[9].

– A. Chapelle, "Les fonctions de l'ordre public en droit international privé, thèse, Paris, 1979.

7 - ولمزيد من الإيضاح حول ظاهرة المعاشرة الحرة والأطفال الطبيعيين بفرنسا، انظر :

– J. Rubellin - Devichi, "La condition juridique de la famille de fait en France", la semaine juridique, 1986, 1, 3241.

وانظر للاطلاع على جوانب من الموضوع:

- محمد الشافعي، الأسرة في فرنسا، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، 2001.

8 - بل وأصبحت ظاهرة البغاء منظمة عندهم بالقانون تمارس تحت إشراف الدولة ورقابتها.

انظر من أجل التوسع حول الموضوع:

– www.sosfemmes;com/seexwork/sexwork_droit.htm

www.lexpress.fr/informations/prostitution-l-europe-divisee_632358.htm/.

9 - يقول الله تعالى، وهو خير القائلين، في سورة الأعراف:

﴿ولوطا إذ قال لقومه أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين، إنكم لتأتون الرجال شهوة من دون النساء، بل أنتم قوم مسرفون، وما كان جواب قومه إلا أن قالوا أخرجوهم من قريتكم إنهم أناس يتطهرون، فأنجيناه وأهله إلا امرأته كانت من الغابرين﴾.

- الآيات من 80 إلى 83.

ولعل مما يبين خطورة فعل اللواط، العقوبة القاسية التي أوقعها الله سبحانه وتعالى على قوم لوط وامرأته، إذ جاء في سورة هود عليه السلام:

﴿قالوا يا لوط إنا رسل ربك لن يصلوا إليك، فاسر بأهلك بقطع من الليل ولا يلتفت منكم أحد، إلا امرأتك

بل، ولقد بدأت منذ مدة ليست بالقصيرة في دول الغرب، وبالأخص في الولايات المتحدة الأمريكية وفي بعض الدول الأوروبية، تتضح معالم مسألة نكاح المحارم، وهو الاتصال الجنسي الذي يتم بين أفراد الأسرة الواحدة، وخصوصا بين الآباء والأبناء[10]، وهذه ممارسة تنفر منها حتى الكثير من الحيوانات، وهي تترجم إلى حد بعيد مدى الاستهتار بالقيم الأخلاقية والدينية داخل مجتمعات الغرب، وهي مجتمعات قطعت شوطا بعيدا جدا في مجال التقدم العلمي المادي المحض.

ويضاف إلى هذا وذاك، ما تناولته وسائل الإعلام الغربية مؤخرا من أن القضاء الأمريكي قد قبل النظر في الدعوى التي رفعتها طفلة أمريكية تبلغ من العمر أربعة عشر سنة، والتي طلبت من خلالها أن يوضع حد نهائي لعلاقتها بأبويها البيولوجيين، مفضلة العيش مع أبويها بالتبني. والغريب أن القضاء الأمريكي قد لبى طلبها بكل سهولة ويسر[11]، وهذا يفيد أن قواعد النسب عندهم – وهو حق أساسي للأبوين – بدورها لم يعد لها أي وزن يذكر.

وأخيرا، فإن من أغرب القواعد التشريعية التي تتضمنها المدونة المدنية الفرنسية تلك التي تنظم الزواج بالميت[12] Le mariage posthume والميت جماد

إنه مصيبها ما أصابهم، إن موعدهم الصبح، أليس الصبح بقريب، فلما جاء أمرنا جعلنا عاليها سافلها وأمطرنا عليها حجارة من سجيل منضود، مسومة عند ربك وما هي من الظالمين ببعيد﴾.

- الآيات 81 و82 و83.

جاء في الجامع لأحكام القرآن:

"... ﴿جعلنا عاليها سافلها﴾ وذلك أن جبريل عليه السلام أدخل جناحه تحت قرى قوم لوط... فرفعها من تخوم الأرض حتى أدناها من السماء بما فيها حتى سمع أهل السماء نهيق حمرهم وصياح ديكتهم، لم تكتفئ لهم جرة، ولم ينكسر لهم إناء، ثم نكسوا على رؤوسهم، وأتبعهم الله بالحجارة...

قوله تعالى: ﴿وأمطرنا عليهم حجارة من سجيل﴾ دليل على أن من فعل فعلهم حكمه الرجم...".

– أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء التاسع، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، 1967م، ص. 73 وما بعدها.

10 - لأخذ فكرة شاملة عن الجوانب الأخلاقية للموضوع انظر :

– Jean Bernard, "De la biologie à l'Ethique", Buchet / Chastel, 1990.

11 - جريدة «أنوال»، ع. 1154، الأربعاء 25 غشت 1993، ص. 10.

12 - ينص الفصل 171 من القانون المدني الفرنسي كما تم تغييره سنة 1959 على ما يلي :

«يمكن لرئيس الجمهورية أن يرخص لأسباب خطيرة في إبرام الزواج في حالة ما إذا توفي الخاطب بعد إتمام الإجراءات الرسمية التي تعبر بدون التباس عن رضاه بالزواج».

– "... Le président de la république peut, pour des motifs graves, autoriser la célébration du mariage si l'un des futurs époux est décédé après l'accomplissement des formalités officielles marquant sans équivoque son consentement.

بلا روح، عديم الشخصية القانونية وبالتالي عديم الأهلية وعديم الذمة. ومن أغرب القواعد التشريعية كذلك ما تبناه البرلمان الهولندي مؤخرا بأغلبية كبيرة، ويتعلق الأمر بقانون يسمح بزواج مثليي الجنس، بل وتبني الأطفال من قبل أبوين من جنس واحد[13]، وهي وضعية بدأت في الانتشار حتى داخل بعض الدول ذات التقاليد المسيحية مثل إيطاليا وإسبانيا وبريطانيا[14].

Dans ce cas, les effets du mariage remontent à la date du jour précédant celui du décès de l'époux.
Toutefois, ce mariage n'entraîne aucun droit de succession ab intestat, au profit de l'époux survivant et aucun régime matrimonial n'est réputé avoir existé entre les époux".

فالحربان العالميتان الأولى والثانية، وبالإضافة إلى حرب الهند والصين والجزائر، خلفت عددا كبيرا من القتلى في صفوف الفرنسيين، مما أدى إلى ترك العديد من الفرنسيات في حالة حمل. ولتفادي المشاكل الناتجة عن هذا الوضع، أصدر المشرع الفرنسي آنذاك عدة نصوص أضفى بواسطتها الصفة الشرعية على الأطفال المزدادين بعد وفاة آبائهم.

وبتاريخ 2 يناير 1969 انهار سد مالباسي Malpasset بشمال فرنسا، حيث خلف العديد من الضحايا من بينهم فتاة حامل من خاطبها الذي لقي مصرعه في هذا الإنهيار، وهو بصدد محاولة إنقاذه لأبويه، وقد كان بصدد إبرام زواجه من خطيبته بعد أسبوعين فقط.

وأثناء زيارة رئيس الجمهورية للمنكوبين قدمت له المخطوبة طلبا تلتمس من خلاله السماح لها بالزواج من خاطبها المتوفى.

والغرض من هذا الزواج إضفاء الصفة الشرعية على المولود الناتج عن الاتصال الجنسي بين الخاطب والمخطوبة أثناء فترة الخطوبة.

وكان هذا هو السبب الدافع لوضع المقتضيات أعلاه.

ولمزيد من الإيضاح حول هذا النوع من الزواج انظر :

- محمد الشافعي، الزواج بالميت في القانون الفرنسي، مقال منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 23، ص. 41 وما بعدها.

– Ph. Malaurie, "Droit civil. La famille", éd. Cujas, Paris, 1993.

وانظر كذلك :

– G. Marty et P. Raynaud, "Droit civil. Les personnes", éd. Sirey, Paris, n° 95 et suiv.

13 - يقول الله تعالى بشأن اللواط وهو يخاطب قوم لوط عليه السلام:
﴿أتأتون الذكران من العالمين وتذرون ما خلق لكم ربكم من أزواجكم بل أنتم قوم عادون﴾.
- الآيتان 165 و166 من سورة الشعراء.
وجاء في حديث لرسول الله ﷺ بشأن السحاق: «سحاق النساء بينهن زناه». رواه الطبراني وأبو يعلى عن واثلة بن الأسقع، قال الهيثمي رجاله ثقات.

14 - أفادت مصادر صحفية أن النواب الهولنديين أقروا بأغلبية 49 صوتا مقابل 21 صوتا معارضا حق مثليي الجنس في عقد زواج مدني. أما القانون المتعلق بتبني شخصين من الجنس نفسه لأطفال فقد أقر بأغلبية 47 صوتا مقابل 28 صوتا معارضا.
وكان النواب قد أقروا القانونين في 12 شتنبر 2000، وبحسب وزارة العدل الهولندية ستدخل القوانين

وهذا قليل من كثير.

ومن المستجدات الغربية عن تقاليدنا أن مواقعة الزوج لزوجته بدون رضاها في فرنسا هو اغتصاب لها، تطبق بشأنه أحكام الاغتصاب المعروفة في القانون الجنائي الفرنسي والمغربي[15].

ومن الطبيعي، أنه عند التخلي عن النموذج الإسلامي للأسرة، تبرز أوضاع مماثلة لما يجري في الغرب، وهو ما تنبه إليه الدستور المغربي، حيث نص في مطلع الفصل 32 منه على ما يلي:

«الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع...».

وهو ما عبرت عنه كذلك المادة 4 من مدونة الأسرة.

ثانيا - مضمون القانون المدني في الدول العربية :

لقد ابتليت الدولة العربية بالاستعمار الأوروبي البغيض، نتيجة للضعف الذي اعتراها بعد القوة والعز. وقد حاول المستعمر، من ضمن ما حاوله، القضاء المبرم على هويتها المسلمة، وذلك عن طريق التشويش على تطبيق قواعد الفقه الإسلامي

الجديدة حيز التنفيذ في شهري مارس وأبريل المقبلين.

واعتبارا من هذا التاريخ، سيتمكن مثليو الجنس من عقد زواج مدني تماما كما يفعل الرجل لعقد قرانه على امرأة وهي سابقة عالمية. وحتى الآن، تسمح بعض الدول لمثليي الجنس بالعيش المشترك فقط ومنها السويد والدانمارك والمجر.

ويسمح قانون التبني الجديد لزوجين من الجنس نفسه بتبني أطفال شريطة أن يحملوا الجنسية الهولندية تجنبا لمشكلات قضائية معقدة مع الدول التي لا تطبق مثل هذه القوانين.

- جريدة « الأحداث المغربية »، عدد 21 دجنبر 2000، ص. 3.

وأقرت فرنسا مؤخرا، أي في سنة 2013، قانونا يسمح هو الآخر بزواج مثلي الجنس، بل وتبني الأطفال من قبل أبوين من جنس واحد.

فمثلا فقد جاء في مطلع المادة 143 من القانون المدني والتي عدلت بقانون 17 ماي 2013 (رقم 2013/404) أنه يصح زواج مثليي الجنس.

— "Le mariage est contracté par deux personnes de sexe différent ou de même sexe…".

وزواج المثليين في القانون الفرنسي يرتب نفس الآثار التي يرتبها زواج مختلفي الجنس، أي الزواج الطبيعي.

15 - عرّف المشرع المغربي جريمة الاغتصاب في الفصل 486 من القانون الجنائي كما يلي:

«الاغتصاب هو مواقعة رجل لامرأة بدون رضاها، ويعاقب عليه بالسجن من خمس سنوات إلى عشر سنوات. غير أنه إذا كان سن المجني عليها تقل عن ثمان عشرة سنة، أو كانت عاجزة أو معاقة أو معروفة بضعف قواها العقلية أو حاملا، فإن الجاني يعاقب بالسجن من عشر إلى عشرين سنة».

وقد نظم المشرع الفرنسي جريمة الاغتصاب بواسطة المادة 332 من القانون الجنائي.

بهذه الكيفية أو بتلك، تحت ذريعة أن تلك القواعد لا تنسجم مع العقلية الأوروبية «المتحضرة».

وبينما ظلت هذه الدول تخضع العلاقات القانونية التي تنشأ بين أفرادها ـ وبصفة تلقائية ـ إلى أحكام الفقه الإسلامي عموما، اضطرت في النهاية، وتحت ضغط المستعمر، وبإيعاز منه في الغالب، إلى إخضاع تلك العلاقات إلى قوانين مدنية وضعية مقتبسة شكلا من النظم القانونية الأوروبية، وإن ظل جوهرها لا يتنافى كقاعدة عامة مع المبادئ العامة لجوهر ذلك الفقه[16].

ولم تتأثر الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية ـ مبدئيا ـ بتلك الأنظمة القانونية، إذ ظلت وأمست ذات أصل إسلامي، تصطبغ غالبا بمذهب من المذاهب السنية الكبرى المعروفة، بل ومنها ما تمذهب أحيانا بأحد المذاهب الشيعية كالمذهب الجعفري على سبيل المثال.

وهكذا، فإننا نلاحظ في كل الدول العربية تقريبا، وجود قانون مدني ينظم الحقوق الشخصية، والحقوق العينية، إلى جانب وجود قانون للأحوال الشخصية أو للأسرة. الأول يجنح نحو التوفيق بين الأحكام المدنية التي تبنتها التشريعات الأوروبية والمبادئ العامة للفقه الإسلامي، والثاني يقف عند حدود أحكام الشريعة والفقه لا يكاد يتجاوزهما إلا لماما[17].

ولم تحد المملكة المغربية عن تلك القاعدة.

ففي عهد الحماية، تعمدت السلطات الفرنسية، وبإصرار من السلطان، باحترام الدين الإسلامي، سواء تعلق الأمر بجانب العبادات أم بجانب المعاملات، من خلال الفصل الأول من معاهدة فاس المبرمة مع المغرب في 30 مارس 1912، والمعروفة باتفاقية الحماية[18].

16 - هذا مع العلم أن بعض التشريعات المدنية العربية قد حاولت أن تظل وفية لأحكام الفقه الإسلامي (العراقي مثلا) وبعضها الآخر حاول أن يستفيد جزئيا من تلك الأحكام كما هو الأمر بالنسبة للقانون المدني المصري والتشريعات المدنية العربية الأخرى التي سارت في نهجه.

17 - فبالإضافة إلى الفصول 82 و172 و216 و297 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، نصت المادة 400 من مدونة الأسرة على أنه:

«كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة، يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف».

18 - ينص الفصل الأول من هذه الاتفاقية على ما يلي:

«إن جلالة السلطان ودولة الجمهورية الفرنسية قد اتفقا على تأسيس نظام جديد بالمغرب مشتمل على الإصلاحات

وفي الوقت الراهن، جاء في الفقرة الثانية من تصدير دستور المملكة على أن: «**المملكة المغربية دولة إسلامية...**».

وجاء في الفصل 3 من نفس الدستور أن: «**الإسلام دين الدولة...**».

وينص الفصل 175 منه كذلك على أن **الإسلام كعقيدة للمجتمع المغربي لا يمكن أن يكون محلا للمراجعة**، بالإضافة إلى أن العديد من نصوص القانون المدني نفسه تجعل من مبادئ الشريعة الإسلامية نظاما عاما لها، وتحيل على أحكامها في العديد من المسائل[19].

وإذا كانت قوانينا لم تتأثر كثيرا، من الناحية الموضوعية، على الأقل، بقوانين الغرب في هذا المجال، فإن التأثير بات بارزا على مستوى العادات والتقاليد والأخلاق داخل المجتمع، علما بأن هذا التأثير الأخير كان سلبيا غير إيجابي، مس الأسرة أحيانا في أهم مقوماتها.

ثالثا ـ مضمون "القانون المدني" المغربي :

نستطيع التأكيد على أن «القانون المدني المغربي»، وهو مصطلح لم يكرسه المشرع في أي نص من نصوصه، يتكون من مدونتين هما قانون الالتزامات والعقود والتشريع العقاري، بالإضافة إلى أحكام الفقه المالكي الذي يعتبر مصدرا مكملا له، بل وهناك نصوص خاصة أخرى يمكن ربطها بالقانون المدني ومن ذلك مثلا القوانين الخاصة بالتوثيق[20]...

الإدارية والتعليمية والاقتصادية والمالية والعسكرية

وهذا النظام يكون يحترم حرمة السلطان وشرفه العادي وكذلك الحالة الدينية وتأسيسها والشعائر الإسلامية وخصوصا تأسيسات الأحباس. كما يكون هذا النظام محتويا على تنظيم مخزن شريف مضبوط...».

نقلا عن كتاب التحدي لصاحب الجلالة الملك الحسن الثاني رحمه الله، الطبعة العربية الثانية، 1983، المطبعة الملكية، ص. 319.

وانظر للمزيد من الإيضاح حول البعد القانوني لمعاهدة الحماية:

ـ عبد الإله فونتير، العمل التشريعي بالمغرب، أصوله التاريخية وموجباته الدستورية، دراسة تأصيلية وتطبيقية (دكتوراه دولة في القانون العام)، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 2002، ص. 125 وما بعدها.

19 - راجع مثلا الفصول 357 و384 و870 و1092 من ق.ل.ع.

20 - فمثلا، فإن القوانين المتعلقة بالتوثيق من مكملات القانون المدني.

فمن الملاحظ أن المشرع المغربي قد نظم الكتابة الرسمية والكتابة العرفية ضمن وسائل الإثبات (الفصول من 416 إلى 448 من ق.ل.ع).

ونظم بالخصوص مصدر الوثيقة الرسمية ضمن الفصل 418 من ق.ل.ع.

وبالحالة المدنية[21]، وبالملكية المشتركة[22].

1- قانون الالتزامات والعقود :

يقصد بقانون الالتزامات والعقود القواعد التي تحكم الالتزامات والحقوق الشخصية.

وضع قانون الالتزامات والعقود بظهير 12 غشت 1913 [23]، وهو يشتمل على 1250 فصلا وينقسم إلى كتابين رئيسيين، كتاب يتناول أحكام الالتزامات أو الحقوق الشخصية بوجه عام، وكتاب يتناول أحكام مختلف العقود المسماة وما يتصل بها. وقد اقتبس هذا القانون مباشرة من مجلة الالتزامات والعقود التونسية التي وضعت سنة 1906، والتي تجنح كقاعدة نحو التوفيق بين أحكام الفقه الإسلامي ومختلف القواعد المضمنة في بعض القوانين الأوروبية آنذاك، وبعض مبادئ القانون الروماني[24] - Digest -.

غير أنه يجب أن تضاف إلى ذلك المصدر الوثائق المنجزة في إطار القانون رقم 09–32 المتعلق بمهنة التوثيق والذي حل محل ظهير 4 ماي 1925، والذي دخل إلى حيز التنفيذ بظهير 22 نوفمبر 2011، وتلك المنجزة في إطار القانون رقم 03–16 بشأن خطة العدالة، والذي دخل إلى حيز التنفيذ بظهير 14 فبراير 2006.
والمهنة الممارسة سواء في إطار القانون رقم 09–32 أو في إطار القانون 03–16 هي مهنة حرة مدنية وقانونية بالأساس.
ويضاف إلى ذلك كله المستجدات المتعلقة بالتوثيق الإلكتروني.
انظر حول الموضوع:
- ظهير رقم 129-7-1 الصادر في 19 من ذي القعدة 1428 (30 نوفمبر 2007) بتنفيذ القانون 03–53 المتعلق بالتبادل الإلكتروني للمعطيات القانونية والذي غيّر مقتضيات عديدة في قانون الالتزامات والعقود.

21 - ويعتبر القانون 99–37 بخصوص الحالة المدنية والذي دخل إلى حيز التنفيذ بظهير 3 أكتوبر 2002 بدوره من مكونات القانون المدني.

22 – القانون رقم 00–18 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية والذي دخل إلى حيز التنفيذ بظهير 3 أكتوبر 2002.

23 – تم هذا الظهير بمراكش في 12 غشت 1913 وصدر الأمر بتنفيذه في 30 غشت 1913 ونشر بالجريدة الرسمية رقم 46 بتاريخ 12 شتنبر 1913، ص. من 78 إلى 112.
نشر هذا الظهير في وقته باللغة الفرنسية وبدون ترجمة إلى اللغة العربية، ربما لأنه لم يكن يهم آنذاك إلا الفرنسيين والأجانب ولم يكن مطبقا، إلا من طرف المحاكم الفرنسية. وقد نقل إلى اللغة العربية سنة 1965 بعد صدور قانون مغربة القضاء وتعريبه وتوحيده.

24 - لأخذ فكرة عن الموضوع، انظر بالخصوص :
- أحمد أدريوش، أصول قانون الالتزامات والعقود، بحث في الأصول الفقهية والتاريخية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بالرباط سنة 1992.
— Paul Decroux, "*Origine et originalité du Dahir formant code des obligations et contrats*". G.T.M, 1958, p. 275.

ولم يكن قانون الالتزامات والعقود في الأصل يحكم، إلا العلاقات التي تنشأ بين الفرنسيين والأجانب، بحيث لم يكن يطبق على المغاربة إلا في أحوال جد استثنائية، إلى غاية صدور قانون 26 يناير 1965 والمعروف بقانون مغربة القضاء وتوحيده وتعريبه[25]، حيث أصبح قانون الالتزامات والعقود يمثل أهم جانب من جوانب القانون المدني المغربي[26]، بل شريعة عامة يلتجئ إليها القاضي لسد الفراغ العالق ببعض فروع القانون الخاص الأخرى كمدونة التجارة ومدونة الشغل ومختلف القوانين العقارية، بل والقانون العام في بعض الأحيان (مثلا الفصلان 79 و80 من ق.ل.ع المتعلقان بالمسؤولية الإدارية).

وباعتبار أن قانون الالتزامات والعقود قد وضع بالأساس لكي يطبق على الفرنسيين والأجانب، فإنه قد تضمن العديد من الأحكام الخاصة بالعلاقات الأسرية، أي تلك التي لها ارتباط وثيق بقانون الأحوال الشخصية عموما[27]، ومن ذلك على سبيل المثال ما جاء في الفقرة الأخيرة من الفصل 229 من ق.ل.ع وقد نصت على أنه:

«إذا رفض الورثة التركة، لم يجبروا على قبولها ولا على تحمل ديونها وفي هذه الحالة ليس للدائنين، إلا أن يباشروا ضد التركة حقوقهم».

— J. Monéger, Biographie du D.O.C. "*De la reception à l'assimilation d'un code étranger dans l'ordre juridique marocain*", R.M.D.E.D., n° 7, p. 15 et suiv.

25 - هذا القانون تقدم بمبادرته مجلس النواب وصوت عليه بتاريخ 2 يونيو 1964 ووافق عليه مجلس المستشارين بتاريخ 17 يونيو 1964 وصدر الأمر بتنفيذه بالمرسوم الملكي الصادر في 26 يناير 1965.
- ج.ر. عدد 2727 الصادرة بتاريخ 3 فبراير 1965.

26 - ينص الفصل الثالث من هذا القانون على ما يلي :
«إن النصوص الشرعية والعبرية وكذلك القوانين المدنية والجنائية الجاري بها العمل حاليا تصبح إلى أن تتم مراجعتها مطبقة لدى المحاكم المذكورة في الفصل الأول».
- القانون 3–64 (26 يناير 1965) بشأن توحيد المحاكم.
- ج.ر. عدد 2727 (3 فبراير 1965)، ص. 209 وما بعدها.
وقد صدر مرسوم ملكي بتاريخ 31 دجنبر 1965 يبين المقصود من القوانين المدنية، وقد أشار من بينها إلى قانون الالتزامات والعقود.
ولأخذ فكرة عامة عن هذا القانون والظروف التي لابست وضعه وتطبيقه، راجع :
- عبد الهادي بوطالب، قانون 1965 حول مغربة وتوحيد وتعريب القضاء، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد 10، ص. 15 وما بعدها.

27 - راجع مثلا الفصول المتعلقة بالأهلية (3 إلى 13) والنصوص الخاصة بحوالة مجموعة حقوق أو حوالة الذمة (209 و 210) والفصل 229 بخصوص آثار العقد بالنسبة لأطرافه وللخلف العام والخاص، وهكذا.

فمن البديهي أن هذا المقتضى ينسجم مع مقتضيات المادة 774 من القانون المدني الفرنسي والتي تنص على أنه:

"Une succession peut être acceptée purement et simplement, ou sous bénéfice d'inventaire".

وحسب المادة 775 من نفس القانون أن الوارث لا يجبر على قبول التركة.

"Nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue".

والمعتمد عندنا، في الوقت الراهن، هو مقتضى المادة 329 من مدونة الأسرة وتنص على ما يلي:

«أسباب الإرث كالزوجية والقرابة أسباب شرعية لا تكتسب بالتزام ولا بوصية، فليس لكل من الوارث أو الموروث إسقاط صفة الوارث أو الموروث ولا التنازل عنه للغير».

فالمادة 329 من مدونة الأسرة تكرس مقتضى شرعيا، يتصل بصميم النظام العام، يقول ابن عاصم الغرناطي في تحفته:

«الإرث يستوجب شرعا ووجب».

والمراد بالشرع أصول الأحكام التي منها تتلقى، وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس[28].

وعلى سبيل المثال كذلك، فإن أحكام الأهلية موزعة حاليا بين قانون الالتزامات والعقود ومدونة الأسرة بكيفية غير متناسقة.

2- التشريع العقاري :

أ- نظرة تاريخية مختصرة:

يقصد بالتشريع العقاري القواعد التي تحكم العقار والحقوق العينية العقارية.

تكوّن التشريع العقاري المغربي في البداية من ظهير 12 غشت 1913 المنظم لمسطرة التحفيظ العقاري وظهير 2 يونيو 1915 الملغى المتضمن للأحكام الموضوعية التي تطبق على العقارات المحفظة، بالإضافة إلى بعض النصوص التشريعية الأخرى المتناثرة هنا وهناك[29].

28 - ميارة الفاسي، شرح محمد بن أحمد بن ميارة الفاسي على تحفة الحكام، الجزء الثاني، دار الفكر، ص: 295

29 - ومن ذلك مثلا النصوص الخاصة بالاستثمارات الفلاحية، والنصوص الخاصة بضم الأراضي، والنصوص

ويشتمل هذان الظهيران في الواقع على ما يمكن أن نطلق عليه أحكام الحقوق العينية المتعلقة بالعقارات المحفظة بالمملكة المغربية، مادامت القاعدة العامة عندنا أنه يمتنع - مبدئيا - تطبيق هذه الأحكام على العقارات غير المحفظة، التي تخضع - مبدئيا - للفقه المالكي[30].

ولقد جرى عمل القضاء المغربي - ويتزعمه المجلس الأعلى بهذا الصدد - ومنذ عهد الحماية وإلى اليوم على تكملة التشريع العقاري إما بقواعد الفقه الإسلامي، وخاصة في الأحوال التي تحيل عليه بعض نصوصه[31]، وإما بقواعد قانون الالتزامات والعقود[32].

ولأن هذا القانون قد استهدف من حيث هدفه الأساسي الأول خدمة مصالح الفرنسيين والأجانب، فإنه قد احتوى على قواعد قانونية لا علاقة لها بهويتنا المسلمة، ومن ذلك مثلا أن حقوق المرأة المتزوجة يمكن أن تسجل بناء على طلب من أحد أصدقائها[33].

الخاصة بأراضي الجموع، والنصوص الخاصة بنظام نزع الملكية لأجل المنفعة العامة والاحتلال المؤقت والنصوص المتعلقة بالأحباس.

30 - جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط:

— "La loi applicable aux litiges interessant la propriété d'un immeuble non immatriculé est la loi musulmane…"

— R.A.C.A.R. arrêt du 19 juillet 1945. T. XIII, p. 154.

وجاء في قرار لمحكمة النقض الفرنسية بخصوص نازلة مغربية:

— "La législation foncière du protectorat est d'ordre public…".

— Arrêt du 26 juin 1932, cité par Maurice Jacquet, "Du droit applicable aux immeubles non immatriculés", Rec. Penant, 1931, p. 1 et suiv.

31 - راجع مثلا الفصول 30 (تزاحم الشفعاء) و75 (الأحباس) و197 (الحقوق العرفية الإسلامية) من ظهير 2 يونيو 1915 بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفظة، وكلها نصوص تحيل على قواعد الفقه الإسلامي، المتمثل عندنا في المذهب المالكي والأعراف المحلية.

32 - جاء مثلا في قرار للمجلس الأعلى :

« إن قواعد الفقه الإسلامي لا تطبق على العقارات المحفظة إلا في حالة عدم وجود نص في قانون الالتزامات والعقود... ».

- قرار 18 أكتوبر 1978، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص 67 وما بعدها.

راجع لمزيد من الإيضاح بهذا الخصوص:

- محمد الكشبور، التنازع بين قانون الالتزامات والعقود والفقه المالكي في مجال العقارات غير المحفظة، مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 7، ص. 41.

- محمد الكشبور، بيع العقار بين الرضائية والشكل، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1997، ص 35 وما بعدها.

33 - فقد نص الفصل 79 من ظهير التحفيظ العقاري على ما يلي :

وتشير بعض نصوص التشريع العقاري إلى نظام الدوطة وهو تقليد مسيحي غير معروف في الشريعة الإسلامية.

ب – إعادة النظر في القانون العقاري:

حاول المشرع المغربي تلافي أغلب العيوب التي علقت بالتشريع العقاري منذ صدوره.

وهكذا، أصدر المشرع مؤخرا القانون رقم 07–14 والقانون رقم 08–37.

– **القانون رقم 07–14 (ج.ر.عدد 5998).**

غيّر هذا القانون وتمم ظهير 12 غشت 1913 بشأن التحفيظ العقاري بقصد ضبطه شكلا وملاءمته موضوعا مع الواقع الحالي.

وبالإضافة إلى ذلك، فقد أزيلت منه بعض المقتضيات التي تخاطب الزوجة المغربية المسلمة ولم تكن تتلاءم مع وضعيتها الشرعية*.

– **القانون رقم 08–37 (ج.ر. عدد 5998):**

يتعلق هذا القانون بمدونة الحقوق العينية التي ألغت ظهير 2 يونيو 1915 بشأن التشريع المطبق على العقارات المحفظة، حيث حلت محله.

ومن الملاحظ أن هذه المدونة الجديدة تطبق على العقارات المحفظة والعقارات غير المحفظة. وبخصوص تراتبية المراجع حالة وجود فراغ تشريعي بها، فقد نصت المادة الأولى منها على أنه:

«تسري مقتضيات هذا القانون على الملكية العقارية والحقوق العينية، ما لم تتعارض مع تشريعات خاصة أخرى.

تطبق مقتضيات الظهير الشريف الصادر في 9 رمضان 1331 (12 أغسطس 1913) بمثابة قانون الالتزامات والعقود، فإن لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي».

3- الفقه المالكي:

أ – عموميات حول المذهب المالكي:

ينسب المذهب المالكي إلى مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحي - نسبة

* «تسجل حقوق المرأة المتزوجة بطلب من زوجها وإلا فبطلب منها أو من أقاربها أو أصدقائها».
ومن البديهي أنه لا يمكن الحديث في الشرع الإسلامي عن أصدقاء المرأة متزوجة أم غير متزوجة وإن كان يصح الحديث عن صديقاتها. وقد ألغى المشرع هذا الفصل بالقانون رقم 07–14.

إلى ذي أصبح وهي قبيلة باليمن - إمام دار الهجرة وفقيهما ومحدثها الأشهر[34]. ولد بالمدينة المنورة سنة 93 هـ وتوفي بها سنة 179هـ عن عمر يناهز 86 سنة. وقد اختار المغاربة هذا المذهب ورجحوه على ما عداه من المذاهب الفقهية الأخرى منذ العهد المرابطي على وجه التحديد، على الرغم من أن أمراء الموحدين قد حاولوا إبعاده بحد السيف والنار أحيانا[35].

حفظ القرآن مبكرا، ثم اتجه بعد ذلك إلى حفظ الحديث. وقد لازم في البداية ابن هرمز، ثم نافع مولى ابن عمر. وقد أخذ كذلك عن ابن شهاب الزهري الذي يعتبر أول من دون الحديث ومن أكبر علماء المدينة المنورة آنذاك. وشيوخه لا يقعون تحت حصر.

قيل لأبي الأسود: من للرأي بعد ربيعة بالمدينة؟ قال: الغلام الأصبحي (مالك)».

34 - انظر ترجمة الإمام مالك في كتاب القاضي عياض، ترتيب المدارك وتقريب المسالك لمعرفة أعلام مذهب مالك، طبعة الأوقاف، ج.11، ص. 104 وما بعدها.

و«المذهب المالكي هو عبارة عما أصله الإمام مالك من أصول مجتهدا في اعتمادها، وما درج عليه أصحابه، ومتبعوه، ولو خالفوه في الفروع المبنية على تلك الأصول، إذ الاعتبار أن يدور اجتهادهم مقيدا بأصول الإمام مالك. وبعبارة أخرى:

«المذهب المالكي هو ما ذهب إليه الإمام مالك من الأحكام الاجتهادية مراعيا في ذلك أصولا معلومة وأخرى مخصوصة، وما درج عليه أصحابه ومتبعوه في الفروع المبنية على تلك الأصول».

وهذا ما أكده علال الفاسي بقوله:

«ومن مجموع اجتهاد المجتهدين، وأقوال تلامذتهم تكونت هذه المدارس الفقهية التي نسميها بالمذاهب».

فمذهب الإمام مالك هو جميع أقوال وترجيحات مالك، وتلامذته، وفقهاء مذهبه...».

- محمد رياض، أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1996، ص 100 و 101.

والنتيجة هي أن مذهب الإمام مالك هو ما اختص به هذا الإمام من حيث الأحكام الشرعية الاجتهادية على مستوى الفروع، أما الأحكام ذات الأسس العامة المجمع عليها من جميع الأئمة والتي ليست محل خلاف مثل الشهادة وكوجوب الصلاة والصوم والزكاة والحج لمن استطاع إليه سبيلا ونحو ذلك، فلا يمكن إدراجها في إطار خصوصيات المذاهب الفقهية عموما.

- محمد رياض، م.س، ص 89.

35 - راجع في هذا الصدد بالخصوص:

- أبو العباس أحمد بن خالد الناصري، الاستقصا لأخبار دول المغرب الأقصى، الجزء الأول، دار الكتاب بالدار البيضاء، 1964، ص. 136 وما بعدها.

وقد اختلف المؤرخون حول موقف الموحدين هذا، وما إن كان يشكل انتصارا للمذهب الظاهري على حساب المذهب المالكي السائد آنذاك، أم أن الأمر يتعلق بفتح باب الاجتهاد في وجه الفقهاء (محمد بن الحسن الحجوي، الفكر السامي في تاريخ الفقه الإسلامي، الجزء الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، 1995، ص 196، وما بعدها).

وحسب البعض، فإن اضطهاد الموحدين للفقهاء المالكية كان بسبب موقفهم السياسي المعارض للموحدين. (عباس الجراري، وحدة المغرب المذهبية، دار الثقافة، الدار البيضاء، 1976، ص 21).

«ما نحن عند مالك؟ إنما نتبع آثار مالك».

وقال فيه سفيان بن عيينة: «إذا جاء الخبر فمالك النجم...». وقال: «مالك بن أنس

وقال فيه الإمام الشافعي: معلمي وما أحد أمنّ علي من مالك، وعنه أخذنا العلم وإنما أنا غلام من غلمان مالك».

يقوم المذهب المالكي على الكتاب والسنة ولو ثبتت عن طريق الآحاد. كما أنه يعتمد على عمل أهل المدينة، ويقدمه على القياس وخصوصا في الأشياء المادية المحسوسة مثل المعايير والمكاييل وكيفية الوضوء وكيفية الصلاة، كما يعتمد كثيرا على المصالح المرسلة وعلى العرف.

ويأخذ الإمام مالك كغيره من الأئمة الآخرين بالإجماع. غير أنه ينفرد بأن الإجماع عنده يكفي فيه إجماع أهل المدينة المنورة، لأنهم أدرى من غيرهم بالسنة وبالناسخ والمنسوخ في كتاب الله، وقد كان هذا الإجماع عنده مقدم على القياس، بل وحتى على الحديث الصحيح، لأنه من باب العمل المتوارث فعله عن رسول الله ﷺ[36].

وقد ضعف مركز هذا الفقه بعد بسط الحماية الفرنسية على المغرب بداية من 30 مارس 1912، وبالخصوص بعد إدخال تقنية وضع التشريعات الوضعية المستمدة من قوانين الغرب، عن طريق إصدار الظهائر والقرارات الوزيرية والقرارات المديرية والقرارات البلدية التي توضع في صورة قواعد قانونية تضع عادة حلا لمشكل قانوني أو تنظم وضعية ما، حيادا عن قواعد ذلك الفقه.

ب – أهم مصنفات المذهب المالكي:

لا يعرف عن كتاب في المذهب بعد الموطأ نال من الإطراء والتقدير ما نالته المدونة على ألسنة المتقدمين والمتأخرين، فهي أصل المذهب على الإطلاق.

وتأتي الموازية في الدرجة الثانية وهي من تأليف الفقيه الحافظ أبي عبد الله محمد بن إبراهيم الإسكندري المعروف بابن المواز.

ثم تأتي الواضحة في الفقه والسنن، وهي من تأليف الفقيه أبي مروان بن عبد الملك بن حبيب السلمي القرطبي.

ثم تأتي العتبية وتسمى المستخرجة من الأسمعة وهي من تأليف الفقيه أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن عتبة القرطبي المعروف بالعتبي.

---

36 - انظر للتوسع حول هذه الفكرة:

- عبد اللطيف عناية الله، المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1996، ص: 208 وما بعدها.

وانظر أيضا القاضي عياض، ترتيب المدارك، م س، ص: 47 إلى 59. ففيه يفرق بين أوضاع مختلفة من عمل أهل المدينة ومدى حجيته كأصل من أصول المذهب المالكي.

ثم تأتي المجموعة وهي من تأليف الفقيه أبي عبد الله بن إبراهيم بن عبدوس البغدادي، فكتاب النوادر والزيادات لابن أبي زيد القيرواني.

وهذه مجرد أمثلة تمثل المنطلق الأساسي في فقه الإمام مالك والذي يعرف مصنفات لا تقع تحت حصر.

في الوقت الحالي، يعرف الفقه المالكي والذي يمثل وجها من أهم أوجه النظام العام عندنا، تطبيقات عديدة بالمغرب. فبالإضافة إلى أن بعض النصوص التشريعية المضمنة في قانون الالتزامات والعقود، كما أسلفنا[37]، وبعض النصوص الأخرى المضمنة في التشريعات العقارية تحيل على أحكامه بصفة صريحة أو ضمنية[38]، فإن قواعد هذا الفقه كانت هي الواجبة التطبيق كلما تعلق النزاع بحقوق عينية تتصل بعقارات غير محفظة أو عقارات في طور التحفيظ على ما استقر عليه العمل القضائي منذ عهد الحماية هنا كذلك[39]، بل وهو الواجب التطبيق بالنسبة لبعض العقود المدنية غير المنظمة في قانون الالتزامات والعقود، كما هو الحال بالنسبة للهبة والصدقة والعمرى والتصيير[40] والمزارعة والمغارسة والمساقاة[41].

---

37 - ومن ذلك مثلا ما يتعلق ببيع المريض مرض الموت (الفصل 479) وما يتعلق بالإبراء في مرض الموت (الفصلان 344 و 345) وما يتعلق بالمقاصة بين المسلمين (الفصل 357) وما يتعلق ببطلان بيع الأشياء المعتبرة من النجاسات (الفصل 484) وما يتعلق بمنع القرض بفائدة بين المسلمين (الفصل 870) وما يتعلق ببطلان الشركة بين مسلمين إذا كان محلها مما تحرمه الشريعة الإسلامية (الفصل 986) وما يتعلق بتحريم المقامرة والرهان (الفصل 1092). ويضاف إلى ذلك أن المشرع المغربي قد سكت عن تنظيم العديد من العقود التي كان من المفروض أن يتضمنها قانون الالتزامات والعقود، ومن ذلك الهبة والصدقة والعمرى والتصيير، وقد استقر عمل القضاء المغربي على إخضاعها لقواعد الفقه المالكي، قبل صدور مدونة الحقوق العينية.

38 - راجع مثلا الفصول 32 و 75 و 197 من ظهير 2 يونيو 1915 الخاص بالتشريع العقاري والملغى بمدونة الحقوق العينية.

39 - جاء مثلا في قرار للمجلس الأعلى:

«حيث إن العقار المتنازع فيه كان عند إبرام العقد لا يزال في طور التحفيظ وأنه في هذه الحالة وإلى أن يتم تحفيظه بصفة نهائية يظل خاضعا لقواعد الفقه الإسلامي والأعراف المحلية الجاري بها العمل...».

- قرار 26 يناير 1973، منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، عدد 13 و 14، ص 119 وما بعدها.

ولتعميق البحث حول هذه النقطة، وللتوسع حول موقف القضاء المغربي حول المسألة وقبل صدور مدونة الحقوق اليعنية انظر:

- محمد الكشبور بيع العقار بين الرضائية والشكل، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1997.

40 - راجع حول الموضوع :

- محمد الكشبور، عقد التصيير، بحث منشور بمجلة المناهج، العدد 2، ص131 وما بعدها.

41 - وانظر حورل هذه العقود الثلاثة:

- عبد اللطيف البغيل، أحكام المعاملات الزراعية في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في الشريعة، نوقشت بكلية الشريعة بفاس، سنة 2002.

غير أن الوضع قد تغير بعد صدور مدونة الحقوق العينية، وقد سبق القول إنها تطبق على العقارات المحفظة والعقارات غير المحفظة، إضافة إلى تنظيمها لبعض العقود غير المنظمة بقانون الالتزامات والعقود كالعمرى والهبة والصدقة.

وبالإضافة إلى ما سبق بيانه، فإن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة قد أحالت بشأن ما لا نص فيه على الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل في مذهب الإمام مالك، وقد اقتصرت مدونة الأسرة التي حلت محلها على الإحالة على الفقه المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف، وهو موضوع سنرجع إليه في حينه بتفصيل، إن شاء الله.

4- مدونة الأحوال الشخصية :

أ- وضع مدونة الأحوال الشخصية الملغاة :

لم يعرف المغرب في عهد الحماية تشريعا مدونا خاصا بالأحوال الشخصية، لا بالنسبة للمغاربة المسلمين أو اليهود، ولا بالنسبة للفرنسيين والأجانب، حيث ساد آنذاك مبدأ شخصية القوانين في هذا الصدد.

فالمغاربة المسلمون كانوا يخضعون فيما يخص تنظيم علاقاتهم الأسرية إلى الأحكام المدونة في كتب الفقه المالكي، وخصوصا متن الشيخ خليل وتحفة ابن عاصم الغرناطي والشروح المرتبطة بهما، ومختلف كتب النوازل الفقهية مثل فتاوى ابن رشد والمعيار للونشريسي ونوازل العلمي ونوازل المهدي الوزاني، ويتقاضون بشأنها لدى القضاء الشرعي، والمغاربة اليهود كانوا يخضعون لقانون الأحوال الشخصية العبري فيما يخص تنظيم مثل تلك العلاقات، ويتقاضون بشأنها لدى المحاكم الإسرائيلية التي تطبق عليها قانون الأحوال الشخصية العبري، بالاعتماد على ظهير 22 ماي 1918 بشأن تنظيم المحاكم العبرية والتوثيق الإسرائيلي[42].

أما الفرنسيون والأجانب الأوروبيون والأمريكيون بالخصوص، فقد كانوا في هذا الصدد يخضعون لقوانينهم الوطنية للأحوال الشخصية تطبيقا للمقتضيات المضمنة في ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب، والذي مازال يمثل - وإلى اليوم - العمود الفقري للقانون الدولي الخاص المغربي،

42 - B.O. n° 202 du 27 mai 1918.

وكانوا يتقاضون بشأن ذلك لدى القضاء الفرنسي المنبث بالمغرب، إلى غاية صدور قانون المغربة والتعريب والتوحيد سنة 1965، والذي ألغى تلك المحاكم[43]، وعوضها بأخرى[44].

ولما وضع حد للحماية الفرنسية على المغرب سنة 1956 على إثر اتفاقية إكس لبان Aix-Les-Bains، تشكلت لجنة فقهية من بعض كبار العلماء المغاربة لكي تسهر على وضع قانون للأسرة المغربية[45]، على غرار ما قامت به بعض

43 - وبالإضافة إلى ما سبق، ساد القضاء العرفي فيما كان يسمى قبل الحماية بمناطق «السيبة البربرية» وكان من اختصاص الجماعة التي تطبق على النزاعات المطروحة أمامها الأعراف البربرية، وهو في حقيقته أقرب إلى نظام التحكيم القبلي منه إلى القضاء، ولأمر ما، اقتضت مصلحة سلطات الحماية الفرنسية تركه على ما هو عليه.

ولقد حاول المقيم العام الفرنسي تنظيم هذا القضاء بمجموعة من المناشير والتعليمات في بداية الأمر، ولم يتدخل المشرع المغربي بصفة مباشرة في هذا الموضوع إلا بمقتضى الظهير البربري الصادر في 16 ماي 1930 الذي حاول وضع تنظيم قضائي بمناطق العرف.

وكانت المحاكم العرفية تنظر في النزاعات الخاصة بالأحوال الشخصية، حيث كانت تطبق الأعراف المحلية، وهي أعراف فيها ما هو مخالف للشريعة الإسلامية كحرمان المرأة من الإرث مثلا.

44 – يتعلق الأمر بمحاكم السدد والمحاكم الإقليمية والمجلس الأعلى، وفي سنة 1974، سيستغني المشرع عن محاكم السدد والمحاكم الإقليمية ويعوضها بالمحاكم الابتدائية.

45 - أحدثت هذه اللجنة بالظهير الشريف الصادر في 19 غشت 1957، وقد جاء في مقدمته ما يلي:

«وحيث إن مادة الفقه الإسلامي بغزارتها ودقتها وتشعبها يمكن أن يؤدي النظر فيها إلى تأويلات عديدة».

«وحيث إنه أصبح من الضروري الأكيد جمع أحكام الفقه الإسلامي في مدونة تيسر وتسهل إجراء العمل به وتطبيق مقتضياته، ورعيا لما في ذلك من الفائدة للمتحاكمين والنتيجة الحسنة لسير القضاء».

وتطبيقا لهذا الظهير صدر مرسوم 21 غشت 1957 يحدد أعضاء اللجنة المذكورة وهم:

1 ـ سيدي محمد بن العربي العلوي.

2 ـ سيدي المختار السوسي.

3 ـ سيدي علال الفاسي.

4 ـ سيدي محمد داود.

5 ـ سيدي أحمد البدراوي.

6 ـ سيدي عبد الرحمان الشفشاوني.

7 ـ مولاي المهدي العلوي.

8 ـ مولاي عبد الواحد العلوي.

9 ـ سيدي الحسين بن البشير.

10 ـ سيدي حماد العراقي.

وانظر للزيادة في الإيضاح حول هذا الموضوع :

- حماد العراقي، الوثائق العدلية وفق مدونة الأحوال الشخصية، توزيع مكتبة الرشاد بالدار البيضاء (ت.ط.ع.م)،

الدول العربية الأخرى. وقد انطلقت تلك اللجنة من مشروع تم تهييئه من طرف وزارة العدل آنذاك، اشتمل في البداية على 269 فصلا، وانطلاقا من عمل تلك اللجنة، أصدر المشرع المغربي الظهائر الخمسة الآتية :

1. ظهير 22 نونبر 1957 بشأن الزواج وانحلال ميثاقه.

2. ظهير 18 دجنبر 1957 بشأن الولادة ونتائجها.

3. ظهير 25 يناير 1958 بشأن الأهلية والنيابة الشرعية.

4. ظهير 20 فبراير 1958 بشأن الوصية.

5. ظهير 3 أبريل 1958 بشأن الميراث.

ومن مجموع هذه الظهائر الخمسة تكونت مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة، وقد احتوت على 297 فصلا.

وفي الوقت الراهن، فإن مسألة وضع التشريعات التي تحكم مجال الأسرة من المفروض أن تدخل ضمن المجال التشريعي الذي يختص به البرلمان وحده، طبقا لأحكام الفصل 71 من دستور المملكة الصادر سنة 2011، باعتبار مدنية ذلك المجال[46].

على أنه يتضح من الكيفية التي تم بها تغيير وتتميم مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بالظهير بمثابة قانون الصادر في 10 شتمبر 1993، ولطابعها الإسلامي، أن تلك المدونة تظل مجالا محفوظا لجلالة الملك باعتباره أميرا للمؤمنين[47]. وهو ما تأكد

ص 175 وما بعدها.

- محمد رشيد عبود: الأحوال الشخصية، نشر وتوزيع مكتبة الرشاد، الدار البيضاء، فاس 1965، ص 59 وما بعدها.

ولم يكن عمل هذه اللجنة يقتصر في الأصل على وضع مدونة للأحوال الشخصية، وإنما كان الهدف وضع مدونة للمعاملات في الفقه الإسلامي وهو ما لم يتحقق.

راجع حول الموضوع:

- عبد الإله فونتير: م.س، الجزء الأول، ص. 228 وما بعدها.

- علال الفاسي: دفاع عن الشريعة، الطبعة الأولى، 1966، ص. 17 وما بعدها.

46 - وفي الحقيقة فبرجوعنا إلى الفصل 46 من الدستور الذي صدرت مدونة الأسرة في ظله، نجد أنه لا يحتوي على مقتضيات صريحة تقيد التشريع في مجال الأسرة، وقد اكتفى المشرع بالإشارة في صيغة عامة إلى الالتزامات المدنية والتجارية، مع العلم أنه لا يمكن تكييف العلاقة بين الزوج والزوجة إلا بالعلاقة المدنية وتلك بخلاف الفصل 71 من الدستور الحالي حيث يختص القانون صراحة بالتشريع في ميدان الأسرة.

47 - جاء في الفصل 41 من الدستور: «الملك أمير المؤمنين وحامي حمى الملة والدين، والضامن لحرية ممارسة الشؤون الدينية...».

من الخطاب الملكي الذي قدم جلالة الملك من خلاله مشروع مدونة الأسرة أمام البرلمان يوم 10 أكتوبر 2003، ومما جاء في هذا الخطاب:

«وإذا كانت مدونة 1957 قد وضعت، قبل تأسيس البرلمان، وعدلت سنة 1993، خلال فترة دستورية انتقالية، بظهائر شريفة، فإن نظرنا السديد ارتأى أن يعرض مشروع مدونة الأسرة على البرلمان، لأول مرة، لما يتضمنه من التزامات مدنية، علما بأن مقتضياته الشرعية من اختصاص أمير المؤمنين».

وقد فهم من هذا الخطاب الملكي أنه يجب التمييز هنا بين مجالين: المجال الديني، وهو مجال خاص بجلالة الملك – أي محفوظ له باعتباره أميرا للمؤمنين – والمجال المدني، وهو مجال يمكن للبرلمان أن يتدخل فيه بالتعديل زيادة ونقصانا وإلغاء.

ب ـ تغيير وتتميم بعض أحكام مدونة الأحوال الشخصية الملغاة سنة 1993 :

لم تعرف مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، ومنذ صدورها بين سنتي 1957 و1958 أي تغيير أو تعديل.

وقد صدر الظهير بمثابة قانون تحت رقم 1.93.347 المؤرخ في عاشر شتمبر 1993 يغير ويتمم بعض فصول قانون الأحوال الشخصية[48].

وقد انصبت التغييرات أعلاه على المواضيع التالية:

1 ـ حضور الزوجة عند إبرام عقد الزواج وتوقيعها عليه (الفصل 5).

وإمارة المومنين هي التي تعطي للملك سلطة الهيمنة على الحقل الديني بالمغرب.

وانظر حول الاختصاصات الدينية للملك:

- محمد أشركي، الظهير الشريف في القانون العام المغربي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1983، ص. 164 و165.

يقول جانب من الفقه في هذا الصدد أن من صلاحيات الملك « ما هو غير منصوص عليه في الوثيقة الدستورية ولكنه مستند إلى الفصل 19 والذي حل محله الفصل 41 من الدستور الحالي، كما هو الشأن بالنسبة للمجال الديني، ومجال المبادرة في تعديل مدونة الأحوال الشخصية، وهي مجالات يستند في تسويغها إلى مبدأ إمارة المؤمنين باعتبارها المرجعية العليا للمشروعية الملكية».

- عبد الاله فونتير، م.س، الجزء الثالث، ص. 14.

ولعل مما له ارتباط بالموضوع أن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية هي الوزارة الوحيدة المنظمة بظهير (12 أبريل 1976)، خلافا لباقي الوزارات الأخرى التي تنظم عادة بمرسوم. وأن قانون الأوقاف قد صدر بدوره بظهير وليس بقانون (ظهير 23 فبراير 2010، ج.ر.ع. 5847 بتاريخ 14 يونيو 2010).

48 - الجريدة الرسمية تحت عدد 4222 الصادرة في 29 شتمبر 1993.

2- إلغاء ولاية الإجبار على المرأة (الفصل 5 و 12).

3- إمكانية زواج اليتيمة الرشيدة بدون ولي (الفصل 12).

4- إذن القاضي لمن يريد أن يعدد زوجاته (الفصل41).

5- الإدلاء بشهادة طبية من طرف الراغبين في الزواج (الفصل 41).

6- إذن القاضي لمن يريد أن يطلق (الفصل 48).

7- مراعاة الضرر الذي أصاب المطلقة عند تقدير المتعة (الفصل 52 المكرر).

8- تحديد السن الذي تنتهي فيه الحضانة (الفصل 102).

9- تخويل الحضانة للأب بعد سقوطها عن الأم مباشرة (الفصل 99).

10- تقدير النفقة عن طريق الخبرة (الفصل 119).

11- إعطاء الولاية في المجال المالي للأم بعد موت الأب أو فقد أهليته (الفصل 148).

12- إحداث مجلس للعائلة (الفصل 156 مكرر) وقد تم تنظيمه بواسطة مرسوم[49].

انطلقت اللجنة العلمية التي هيأت مشروع تعديل مدونة الأحوال الشخصية من طلبات انبثقت عن جمعيات نسائية قدمت إلى جلالة الملك الحسن الثاني بقصره بالرباط[50].

49- وبالفعل، فقد صدر هذا المرسوم في 26 دجنبر 1994 (الجريدة الرسمية عدد 4292 الصادرة في فاتح فبراير 1995 ص 212).

50- وللتاريخ والمقارنة فإن اللجنة العلمية التي عدلت وتممت مدونة الأحوال الشخصية، تكونت من الآتية أسماؤهم:

1- [illegible]

2- [illegible]

3- [illegible]

4- [illegible]

5- [illegible]

6- [illegible]

7- [illegible]

8- [illegible]

على أن هذه التغييرات جميعها، ورغم أهميتها، لم تقنع أولئك الذين طالبوا بها، وهم طمعوا فيما بعد في تغييرات جوهرية أخرى يكون لها أثر أوضح وأعمق على وضعية المرأة المغربية داخل المجتمع، وهذا ما يتضح جليا من خلال مشروع خطة العمل الوطنية لإدماج المرأة في التنمية والذي أشرفت على تهييئه كتابة الدولة المكلفة بالرعاية الاجتماعية والأسرة والطفولة بتعاون مع البنك الدولي وبالتنسيق مع فعاليات نسائية، وقد سبقت الإشارة إلى بعض حيثياته في مقدمة هذا الكتاب.

ج- وضع مدونة الأسرة بالقانون رقم 03-70 :

لقد سبقت الإشارة في مقدمة هذا الكتاب إلى تعيين لجنة علمية، يسودها الطابع الفقهي والقضائي، لصياغة مشروع أولي لقانون جديد ينظم العلاقات الأسرية داخل المملكة.

وبعد انتهاء اللجنة العلمية من عملها، عرض جلالة الملك لأهم المستجدات التي جاء بها المشروع الأولي في يوم الجمعة عاشر أكتوبر 2003، بمناسبة افتتاح الدورة البرلمانية الخريفية، موضحا المرجعيات والثوابت الشرعية التي تم الارتكاز عليها، والتي يمكن ردها إلى ثلاثة أساسية وهي:

أ- الالتزام بمبدأ عدم تحريم ما أحله الله ولا تحليل ما حرمه.

ب- الأخذ بمقاصد الإسلام من تكريم الإنسان والعدل والمساواة والمعاشرة

9- محمد البراوي،

10- محمد بن معجوز المزغراتي،

11- حسن السايح،

12- أحمد الخمليشي،

13- عبد الوهاب التازي سعود،

14- مولاي ادريس العلوي العبدلاوي،

15- محمد العثماني،

16- أحمد أفزاز،

17- أحمد بن سودة،

18- عبد الهادي بوطالب،

19- مولاي مصطفى بلعربي العلوي،

20- عبد الكبير العلوي المدغري.

بالمعروف وبوحدة المذهب المالكي والاجتهاد، لوضع مدونة عصرية للأسرة منسجمة مع تعاليم الشريعة الإسلامية.

ج- عدم اعتبار المدونة قانونا للمرأة وحدها، بل مدونة للأسرة أبا وأما وأطفالا، والحرص على أن تجمع بين رفع الحيف عن النساء وحماية حقوق الأطفال وصيانة كرامة الرجل.

وقد عرض المشروع الأولي على مجلس وزاري انعقد خصيصا له يوم 12 دجنبر 2003.

وأخيرا عرض المشروع على البرلمان بغرفتيه، حيث تمت المصادقة عليه بالإجماع بعد إدخال تغييرات طفيفة عليه، لا تمس الجوهر غالبا، بالقانون رقم 70-03 الذي صدر بتنفيذه ظهير شريف بتاريخ 3 فبراير 2004[51] وتم نشره بالجريدة الرسمية الصادرة في 5 فبراير 2004 ، حيث دخل من توه إلى حيز التنفيذ[52].

وتتضمن المدونة الجديدة أربع مائة (400) مادة، سنتوقف عند الكتاب الأول والثاني منها بعد الفراغ من هذه المقدمة العامة.

رابعا- نطاق تطبيق مدونة الأسرة من حيث الأشخاص:

1- الوضع بالنسبة لمدونة الأحوال الشخصية الملغاة وقانون الجنسية قبل تعديله :

لم يبين المشرع المغربي، وهو بصدد سن مدونة الأحوال الشخصية المغربية الملغاة نطاق تطبيقها من حيث الأشخاص الملزمون بأحكامها. وكان لابد من انتظار صدور قانون الجنسية الصادر بظهير 6 شتنبر 1958 لتحديد ذلك المجال من خلال فصله الثالث وقد نص على ما يلي:

"يطبق قانون الأحوال الشخصية والميراث الخاص بالمغاربة المسلمين على جميع المواطنين باستثناء المغاربة المعتنقين الديانة اليهودية، فإنهم يخضعون لقانون الأحوال الشخصية المغربي العبري.

51- ظهير شريف رقم 1.04.22 في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتنفيذ القانون 70-03 بمثابة مدونة الأسرة.

52- الجريدة الرسمية عدد 5184 بتاريخ 14 ذو الحجة 1424 (5 فبراير 2004).

غير أن المقتضيات الآتية فيما بعد تطبق على المغاربة الغير المسلمين وغير اليهود:

1 - يحرم عليهم تعدد الزوجات.

2 - لا تطبق عليهم القواعد المتعلقة بالرضاع.

3 - يجب أن يصرح بتطليقهم، بطريقة قضائية بعد إخفاق محاولة التوفيق بين الزوجين وإجراء بحث حول أسباب طلب الفراق.

وفي حالة الخلاف يرجع قانون الزوج أو الأب".

يستفاد من هذا النص أن هناك أصنافا ثلاثة من المغاربة من حيث نطاق تطبيق مدونة الأحوال الشخصية:

أ- المسلمون المغاربة ويخضعون لمدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

ب- اليهود المغاربة ويخضعون لقانون الأحوال الشخصية العبري.

ج- المسيحيون المغاربة ويخضعون لمدونة الأحوال الشخصية الملغاة والخاصة بالمغاربة المسلمين[53].

ولم يعد للمقتضى أعلاه محل لاعتبارين:

أ- لأنه قد ألغي بالقانون رقم 62-06 المعدل والمتمم لقانون الجنسية المغربي، والذي دخل إلى حيز التنفيذ بالظهير رقم 80-07-1 المؤرخ في 3 مارس 2007[54].

ب - لأن مدونة الأسرة قد حددت مجال تطبيقها من حيث الأشخاص، خلافا لمدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

2- الوضع بالنسبة لمدونة الأسرة:

من هم الأشخاص الذين يخضعون لمدونة الأسرة؟

حددت مدونة الأسرة مجال تطبيقها الشخصي من خلال المادة الثانية منها، وقد نصت على أنه:

"تسري أحكام هذه المدونة على :

53 - للتعمق حول هذا النص انظر:

- محمد الكشبور، الوسيط، م.س، ص 29 وما بعدها.

54 - الجريدة الرسمية، عدد 5513 بتاريخ 2 أبريل 2007، ص. 1116.

1- جميع المغاربة ولو كانوا حاملين لجنسية أخرى.

2- اللاجئين بمن فيهم عديمو الجنسية، طبقا لاتفاقية جنيف المؤرخة بـ 28 يوليوز لسنة 1951 المتعلقة بوضعية اللاجئين.

3- العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا.

4- العلاقات التي تكون بين مغربيين أحدهما مسلم.

أما اليهود المغاربة فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية.

وبمقارنة أحكام هذه المادة مع الأحكام المضمنة بالفصل الثالث (الملغى) من قانون الجنسية نخرج بالاستنتاجات الآتية:

أ- يتفق الفصل الثالث من ظهير 6 شتنبر 1958 الملغى مع المادة الثانية من مدونة الأسرة على الإعلان عن وجود مدونتين للأسرة بالمغرب، إحداهما خاصة بالمغاربة المسلمين وأخراهما خاصة بالمغاربة اليهود[55]، أما غير المسلمين وغير اليهود من المغاربة - أي المسيحيين - فإنهم يخضعون كقاعدة لمدونة الأسرة الخاصة بالمسلمين.

ب- وينفرد الفصل الثالث من ظهير 6 شتنبر 1958 بوضع قيود تخص تطبيق مدونة الأحوال الشخصية التي حلت محلها مدونة الأسرة على المسيحيين الذين حصلوا على الجنسية المغربية، خلافا لما قررته مدونة الأسرة، حيث جاءت مقتضيات المادة الثانية من مدونة الأسرة مطلقة غير مقيدة بأي قيد، وهي قاعدة لا تخضع للمنطق القانوني المجرد، إذ كيف نخضع المسيحي المغربي – وخلافا للمسيحي الأجنبي – لقواعد قد لا تنسجم مع ديانته.

ج- وتتميز مدونة الأسرة، مقارنة مع مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، بالتوسع في مجال تطبيقها حيث تطبق - وبالإضافة إلى المغاربة المسلمين - على المغاربة الذين يحملون جنسية أخرى، وعلى اللاجئين[56]، وعلى الزيجات التي يكون

55- راجع في هذا الصدد قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 6 يونيو 2000، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد المزدوج 57 و58، ص 140 وما بعدها.
وكذلك قرار محكمة الاستئناف بمراكش الصادر بتاريخ 26 فبراير 2001، منشور بمجلة المناهج، العدد المزدوج 5 و6، ص 241 وما بعدها.

56- ينص الفصل 12 من اتفاقية جنيف Genève المؤرخة في 28 يوليوز 1951 يقضي بأن اللاجئ يخضع لقانون الأحوال الشخصية للبلد الذي اتخذه موطنا له.

أحد أطرافها مغربيا مسلما، وعلى الزيجات المختلطة، وهي حالات سكت عنها النص الملغى.

د - أخذت المادة الثانية من مدونة الأسرة من أجل الخضوع لأحكامها بمعيار الجنسية (البند 1 و3) وبمعيار الإسلام (البند 4).

وكنا نفضل في هذا الصدد لو أن المشرع المغربي أخذ بعين الاعتبار وضعية المسلمين الأجانب الذين لا يتبعون المذهب المالكي، على غرار النهج الذي اتبعه المشرع القطري، الذي نص في المادة الرابعة من قانون الأسرة على أنه:

"يطبق هذا القانون على من يطبق عليهم المذهب الحنبلي، وفيما عدا ذلك، فتطبق عليهم الأحكام الخاصة بهم.

وتسري على مسائل الأسرة للأطراف من غير المسلمين الأحكام الخاصة بهم.

وفي جميع الأحوال تسري أحكام هذا القانون متى طلبوا ذلك أو كانوا مختلفين دينا أو مذهبا".

خامسا - فكرة عن قانون الأحوال الشخصية المغربي العبري:

إن قانون الأحوال الشخصية المغربي الذي ينظم العلاقات الأسرية بين المغاربة اليهود، هو قانون يمتاز بخاصيتين، فهو قانون ذو طبيعة دينية، وهو قانون غير مدون باللغة العربية.

ويتكون قانون الأحوال الشخصية العبري عموما من بعض التفاسير الفقهية التي انصبت بالخصوص على الكتب الخمسة الأولى من التوراة، بالإضافة إلى ما يعرف بـ «الميشنة» وهي عبارة عن عمل فقهي للحبر جودا حدوشن والذي رأى النور في السنة 218 بعد الميلاد.

وقد كان الميشنة محلا لعدة تفاسير كونت في مجموعها ما يسمى عند اليهود بالتلمود.

ولعل من أهم الأعمال القانونية المعروفة في هذا الصدد ما يعرف بتقنين يوسف كارو، والذي وضع بإسبانيا خلال القرن الرابع عشر.

وتضاف إلى هذه التفاسير والقوانين، بعض الأعراف وبعض التعاليم الصادرة

- راجع في الموضوع قرار محكمة الاستئناف بالدار البيضاء الصادر في 16 دجنبر 1980، منشور بالمجلة المغربية للقانون R.M.D، العدد الأول، ص. 49 وما بعدها.

[illegible] الأحبار المغاربة من خلال اجتماعاتهم السنوية، والتي ترمي إلى مواجهة الواقع المتجدد والمتغير[57].

وفي الوقت الراهن يوجد بالمغرب سبعة قضاة مغاربة يهود، موزعين بين ثلاث [illegible] في الدار البيضاء ومراكش وطنجة[58]. والوزارة هي التي تعين الهيئة التي تتكلف بفض النزاع ابتدائيا واستئنافيا وعلى مستوى الطعن بالنقض[59]، مع العلم أن الأحكام والقرارات تصدر في هذا الصدد باللغة العربية لأنها هي لغة القضاء بالبلاد.

ويعين القضاة المغاربة اليهود بقرار لوزير العدل بعد اقتراح من رئيس الجالية اليهودية بالمغرب وتزكية من جلالة الملك، وهم يتلقون تكوينهم العلمي والقضائي بالمدرسة التلمودية بالدار البيضاء تحت إشراف الحاخام الأكبر.

يطلق على عقد الزواج عند اليهود مصطلح "كيتوبا". وهو يكتب بخط جميل جدا بواسطة قلم من قصب أو ريشة طير بحيث يحاكي الكيفية التي يكتب بها التوراة وهو كتابهم المقدس.

ولا يختلف الزواج عند اليهود عن الزواج عند المسلمين إلا بخصوص الصداق

---

57 - P. Decroux, "*Droit privé*". (Tome 1er: Sources de droit), édit. La Porte, 1967 [illegible]

[illegible] أنه يجب التفرقة في هذا الإطار بين نظامين:

1- النظام [illegible]:

كان هذا النظام يسري على اليهود المهاجرين من الأندلس (ميغوراشيم) بعد سقوط غرناطة المسلمة إبان [illegible] الذين تمركزوا بشمال المغرب (طنجة، تطوان، شفشاون، فاس، مكناس، الرباط، [illegible] ويعتبر هذا النظام ليبراليا بالمقارنة مع الديانة الموساوية لأنه أدخل عدة تعديلات على وضعية المرأة [illegible] كإدخال نظام اشتراك الأموال بين الزوجين عند انحلال الزواج بالموت وإلغاء تعدد [illegible]

2- النظام الموساوي التقليدي المستقى من التلمود والأعراف المحلية:

كان هذا النظام يسري على اليهود المحليين (التوشابيم)، كما هو الشأن بالنسبة ليهود جنوب المغرب (دمنات [illegible]) [illegible] اليهود المغاربة يخضعون حاليا للنظام الأول نظرا لما يتسم به هذا النظام من [illegible]

[illegible] ص 124.

58 - [illegible] H. Zafrani, "*Les juifs du Maroc. Vie sociale, économique et religieuse*", Paris, 1972.

59 - [illegible] بالدار البيضاء وواحد بمراكش وواحد بطنجة.

[illegible] ثلاثة قضاة، غير أنها تعين ثلاثة آخرين متى عرضت نفس [illegible]

الذي يكون ضخما جدا، يبدأ عندهم بـ "ستة وعشرين مليون"[60] أو ضعفه، أو ضعف ضعفه[61]، ولا تأخذ منه الزوجة شيئا، إنما ينص عليه في عقد الزواج، وتأخذه الزوجة كاملا حين طلاقها، ما لم تتنازل عنه كلا أو بعضا، لأن الأمر يتعلق بحق كامل ضمنته لها الشريعة اليهودية.

ويطلق على عقد الطلاق عندهم مصطلح "كيط".

والطلاق في الشريعة اليهودية بيد الزوج، ولكنه يحتاج إلى قبول من الزوجة. إذا امتنعت الزوجة عن قبول الطلاق، وأصرّت على ذلك الامتناع، وظهر للقضاء أنها متعسفة في موقفها، يمنح استثناء للزوج إذن بالزواج بأخرى، وهي حالة نادرة الوقوع جدا في الحياة العملية.

والطلاق كالزواج في قانون الأحوال الشخصية العبري المغربي تصرّف شكلي، أي يجب أن يُدَوّن وبدقة في وثيقة، وأبسط الأخطاء، ولو المادية، تقتضي إعادة كتابته من جديد.

ونشير إلى أن القانون المغربي يزخر بأبحاث فقهية[62] تتناول مواضيع تتصل

---

60 - وحقيقة ستة وعشرين جاءت من أن أسماء الله الحسنى في التوراة عددها ستة وعشرون.

61 - أي ينتقل من 26 إلى 52، ثم إلى 104 مليون سنتيم، وهكذا.

62 - ومن هذه الأبحاث:

— André Chouraqui, "*La condition juridique de l'israélite marocain*", préface de René Gassin, Presse du livre français, Paris, 1950.

— Elie Malka, "*Essai sur la condition juridique de la femme juive au Maroc*", L.G.DJ, Paris, 1952.

— Abraham Zagouri, "*Droit mosaïque - Causes de la répudiation juive définitivement admises au Maroc*", R.M.D., n° 9, 1957, p. 385/...

— Abraham Zagouri, "*La procédure du divorce selon la Michna et le Talmud et la procédure actuelle devant les tribunaux rabbinique du Maroc*", R.M.D, 1958, p. 149/...

— Abraham Zagouri, "*Le divorce d'après la loi talmudique chez les marocains de confession iraélite et les réformes actuelles en la matière*", (collection d'études juridiques, politiques et économiques, n° 2, p. 137/...

— Abraham Zagouri, "*Les divorces particuliers prévus par le Talmud et admis par les tribunaux rabbiniques du Maroc*", R.MD, 1958, p. 6/...

— Abraham Zagouri, "*Le régime successoral des israélites marocains et les réformes actuelles en la matière*", L.G.D.J, Paris, 1959.

— Abraham Zagouri, "*Du mariage en droit hébraïque*", L.G.D.J, Paris, 1960.

— Abraham Zagouri, "*De la notion d'adoption en droit hébraïque*", R.M.D., 1961, n° 1, p. 1/...

بقانون الأحوال الشخصية العبري، أنجز بعضها من طرف يهود مغاربة وأنجز بعضها الآخر من طرف غيرهم[62].

وأخيرا يستفاد ضمنيا من الفصل الثالث من قانون الجنسية المغربي، ومن المادة الثانية من مدونة الأسرة، ومن الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية أن خرق القانون العبري المغربي لقانون الأحوال الشخصية يفتح باب الطعن بالنقض، خلافا لما سبق أن قرره البعض انطلاقا من الفصل 54 من ظهير 27 شتنبر 1957 المؤسس للمجلس الأعلى، ومواقف هذا الأخير نفسه تؤكد ذلك.

فقرة ثانية ـ تعريف الأحوال الشخصية وتكييف مسائلها:

درج فقهاء الشريعة الإسلامية على تقسيم الأحكام الشرعية العملية إلى قسمين رئيسيين:

* قسم العبادات :

وهي تتضمن الأحكام التي تنظم علاقات الإنسان بربه، كالإيمان به وبملائكته وبرسله كلهم دون تمييز بينهم، وبكتبه وبالقدر خيره وشره، والقيام بما يفرضه جل اسمه من شهادة وصلاة وصوم وزكاة وحج والتي تمثل الأركان الخمسة الأساسية للإسلام.

* قسم المعاملات :

وهي تتضمن الأحكام التي تنظم العلاقات بين الأفراد، وتضم المعاملات المدنية والتجارية والمناكحات والعقوبات من حدود وقصاص وتعازير.

ويندرج تحت مصطلح المناكحات كل ما يتصل بالزواج وبالطلاق وبآثارهما، وهي الأمور التي تدخل عادة ضمن ما يصطلح على تسميته في الوقت الراهن بالأحوال الشخصية[63].

— Abraham Zagouri, *"De la filiation et du désaveu de paternité en droit mosaïque"*, R.M.D, 1961, n° 2, p. 55/...

— Abraham Zagouri, *"De la tutelle"*, R.M.D, 1961, n° ///, p. 3/...

— Abraham Zagouri, *"De l'ordre des successions en droit mosaïque"*, RM.D., 1962, n° 7, p. 765/...

- زهور الحر، الأحوال الشخصية للعبريين المغاربة، مجلة الملحق القضائي، الأعداد 2 و 3 و 4 و 5.

63 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، 1977، مطبعة دار النهضة العربية

ومصطلح الأحوال الشخصية Le statut personnel هو مصطلح إيطالي، تسرب إلى التشريعات العربية عن طريق القانون الفرنسي[64].

ورغم ذلك، فيطغى على الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية الطابع التعبدي لذلك فهي تدرس وتبحث في المصنفات الفقهية عادة، وعلى مستوى كل المذاهب، بعد الانتهاء مباشرة من دراسة وبحث العبادات الأربعة، وهي الصلاة والزكاة والصوم والحج.

أولا ـ تعريف الأحوال الشخصية :

ما المقصود بالأحوال الشخصية؟

1 ـ في القانون المصري :

لم يبين المشرع المغربي لا في قانون الأحوال الشخصية ولا في مدونة الأسرة، ولا في غيره من القوانين المغربية الأخرى، المقصود من مصطلح « الأحوال الشخصية »، علما أن غياب التعريف في هذا الصدد قد يطرح أمام القضاء مشاكل قانونية على مستوى تكييف بعض النزاعات بالخصوص، نظرا لما لذلك التكييف من أثر قانوني بالغ الأهمية.

وفي القطر المصري، بذلت محاولات كثيرة قضائية وتشريعية لتحديد المقصود بالأحوال الشخصية تمييزا لها عن الأحوال العينية[65]. ولعل أول هذه المحاولات تلك الصادرة عن محكمة النقض المصرية في 21 يونيو 1934 من خلال قرار شهير يقضي بما يلي:

بلبنان، بيروت، ص 14 وما بعدها.

64 - معوض عبد التواب، موسوعة الأحوال الشخصية، توزيع منشأة المعارف بالإسكندرية، 1986، ص 11.
فمصطلح الأحوال الشخصية اصطلاح لم يكن معروفا عند الفقهاء، ولا يوجد له ذكر في كتب الفقه، ولكنه اصطلاح ورد في الفقه الإيطالي في القرنين الثاني عشر والثالث عشر وقت أن كان هذا الفقه يبحث مشكلة تنازع قانونين كانا قائمين وقتذاك، هما القانون الروماني باعتباره القانون العام الذي يحكم كل إقليم إيطاليا، والثاني القانون المحلي الذي كان يحكم حدود إقليم معين. وقد سمى الفقهاء الإيطاليون الأول منهما « قانون » والثاني « حال »، ويجمع على أحوال.
وقد قسمت هذه الأحوال فيما بعد إلى قسمين، أحدهما أحوال تتعلق بالأشخاص وثانيهما أحوال تتعلق بالأموال وتحكم الروابط المالية، ثم استقر الإصطلاح الأول وسمي الأحوال الشخصية، أما الاصطلاح الثاني فقد سمي بالأحوال العينية، وقد شاع الاصطلاحان حاليا في قانون كل دولة من الدول.
. فؤاد جاد الكريم محمد، م.س، ص 99 و 100.

65 - ويرجع سبب اهتمام القانون المصري بتعريف الأحوال الشخصية إلى وجود محاكم شرعية مختصة بالنظر في النزاعات الخاصة بها، إلى جانب محاكم مدنية تنظر في النزاعات المالية.

«الأحوال الشخصية هي [illegible] الصفات الطبيعية ككونه ذكرا أو أنثى وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو ابنا شرعيا أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر السن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية.

أما الأمور المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية. وإذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على اختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية. غير أن المشرع المصري وجد أن الوقف والهبة والوصية. وكلها من عقود التبرعات. تقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة فألجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية الأمر الذي يخرجها من اختصاص المحاكم المدنية التي ليس من نظامها النظر في المسائل التي تحتوي عنصرا دينيا ذا أثر في تقرير حكمها. على أن أية جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت في شيء مما تختص به من تلك العقود، فإن نظرها فيه بالبداهة مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها»[66].

ورغم العيوب الكثيرة العالقة بهذا التعريف[67]، فإنه على الأقل قد شد الانتباه إلى أهمية المسألة ودقتها، ولذلك فقد تدخل المشرع المصري من خلال المادة 13 من قانون نظام القضاء الصادر سنة 1949 فنص على أنه:

«وتشمل الأحوال الشخصية... المنازعات المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة[68] ونظام الأموال بين الزوجين والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة

66 - أشار إليه سمير عبد السيد تناغو في مؤلفه حول النظرية العامة للقانون، منشأة المعارف بالأسكندرية، 1973، ص 274.

67 - وأهم ما يؤاخذ على هذا التعريف أنه غض الطرف عن المسائل الخاصة بالمواريث بالإضافة إلى كونه قد ربط بين الاختصاص القضائي . في وقت كانت للاختصاص القضائي أهمية في مصر . ومفهوم الأحوال الشخصية.

68 - الدوطة dot هذا نظام مسيحي خالص يتمثل في مال تقدمه المخطوبة أو أبوها أو أحد أقاربها إلى الخاطب قصد المساهمة في تحمل الأعباء الزوجية والدوطة قد تتخذ صورة مبلغ من النقود غالبا، وإن كان لا مانع يمنع من أن تتخذ صورة أي مال آخر منقولا كان أو عقارا. جاء في القاموس القانوني الفرنسي:

"Dot:
1 - ...

وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبني والولاية والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة وبالغيبة واعتبار المفقود ميتا، وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت»[69].

ويلاحظ أحد الفقهاء المصريين أن: «التعريف الذي وضعه المشرع المصري يتفق مع تعريف محكمة النقض في التعبير عن نفس الاتجاه، وإن كان أكثر منه تفصيلا، وربما أكثر انضباطا»[70].

ولا نؤيد هذا الفقه فيما جنح إليه إذ أن هناك اختلافا جوهريا بين التعريف القضائي والتعريف التشريعي المصريين من حيث إن التعريف الأول قد أخرج المسائل المالية من نطاقه، وإن كانت من آثار عقد الزواج، بخلاف التعريف الثاني الذي أدرجها في مجال الأحوال الشخصية.

ورغم كل ما سبق بيانه، فقد ثار جدل في الفقه المصري حول قبول أو عدم قبول مصطلح الأحوال الشخصية باعتباره من مخلفات الامتيازات الأجنبية التي يجب

2 - Désignait naguère, sous le régime dotal, les biens apportés par la femme en se mariant et dont le mari avait l'administration et la jouissance en vue de subvenir aux charges du mariage (civ., a. 1540 ancien)...".

وفي فرنسا، فإن نظام الدوطة قد ألغي بالقانون رقم 570 . 65 الصادر في 13 يوليوز 1965.

صحيح أن هناك بعض النصوص المغربية التي كانت تتحدث عن نظام الدوطة، ومن ذلك مثلا الفصل 163 من التشريع المطبق على العقارات المحفظة الملغى وقد جاء فيه:

«الرهن الإجباري هو المخول بحكم قضائي بدون رضى المدين ولا يخول إلا في الحالات الآتية:

أولا : للقاصرين والمحجورين لضمان أوليائهم على أملاك هؤلاء الأولياء.

ثانيا : للزوجة على أملاك زوجها ضمانة لما أتت به في مهرها . الدوطة...».

وفي الحقيقة، فإن هذا النص يخاطب الأزواج الفرنسيين والأجانب ولا علاقة له بالمغاربة المسلمين الذين يتزوجون على الصداق كما تنظمه أحكام الشريعة الإسلامية وكما نظمه المشرع المغربي حاليا بالمواد من 26 إلى 33 من مدونة الأسرة.

والظاهر أن اهتمام المشرع المصري بالدوطة نابع من أن المجتمع المصري يحتوي على جالية مسيحية كبيرة (الأقباط).

69 - لقد ألغي هذا القانون بقانون السلطة القضائية لسنة 1965 وآخر لسنة 1972، وعلى الرغم من ذلك، فكثيرا ما يقع الاستئناس بنص المادة 13 منه من جانب الفقه المصري، ولاحظ أن هذا النص يشير إلى بعض المبادئ ذات الطابع المسيحي كنظام الدوطة ونظام الأموال المشتركة، ولا غرابة في ذلك، مادام أن الشعب المصري يحتوي على جالية مسيحية كبيرة . كما أسلفنا . وأن المشرع يضطر في بعض الأحيان إلى إدخال تلك الجالية في الاعتبار عند وضعه لبعض النصوص القانونية.

70 - سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص 276.

أن تمحى من القاموس القانوني للدولة المصرية[71]. ونرى أن الحالة شكلية لا تستدعي حتى النقاش وعلى الأقل فهي تفضل – في نظرنا – مصطلح المناكحات.

2 ـ في القانون المغربي :

إذا كان المشرع المغربي قد سكت عن تعريف الأحوال الشخصية في القانون الملغى وفي مدونة الأسرة الحالية، فإننا نستطيع على الأقل، وانطلاقا من المواضيع التي نظمتها هذه المدونة الأخيرة أن نحصر نطاقها فيما يلي:

1 ـ الزواج.

2 ـ انحلال ميثاق الزوجية.

3 ـ الولادة ونتائجها.

4 ـ الأهلية والنيابة الشرعية.

5 ـ الوصية.

6 ـ الميراث.

وعليه وانطلاقا من النطاق أعلاه، فإن قانون الأحوال الشخصية في نظرنا يتمثل في مجموعة القواعد القانونية التي تحكم الزواج والطلاق والولادة ونتائجها والأهلية والنيابة الشرعية والوصية والميراث[72] (مدونة الأسرة) بالإضافة إلى كل من قانون الحالة المدنية، وقانون الجنسية، اللذين ينظمان بدورهما مسائل تتعلق بحالة الأشخاص داخل المجتمع.

وهكذا، يكون قانون الأحوال الشخصية في مفهومه العام والشامل أوسع نطاقا مما تنظمه مدونة الأسرة.

---

71 - عبد الخالق أحمدون، مرجع سابق، ص. 50.

72 - وفي فرنسا يتحدث الفقه عن نظام الأحوال الشخصية، وهو حسب جانب من الشراح كل ما يحكم حالة الشخص الطبيعي

– "Statut personnel:

...

2 - Dans l'expression "statut personnel", ensemble des règles gouvernant la condition civile des personnes physique et comprenant (en général), l'état et la capacité des personnes au sens de l'a. 3, al. 3, du C. civ. (y compris les relations de famille) en tant qu'objet de rattachement (ex. le statut personnel des français... est régi par la loi française)...".

– G. Cornu, op. cit., p. 781.

ويرى المجلس الأعلى، انطلاقا من الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية[73]:

«أن المقصود من الأحوال الشخصية المنصوص عليها في الفصل المشار إليه، هو القضايا التي يكون فيها نزاع جوهري متعلق بالحالة الشخصية كادعاء الزوجية أو الأولاد من أحد الطرفين وإنكاره من الطرف الآخر.

وحيث إن النزاع في هذه النازلة مقتصر على النفقة وتوابعها وأن الطاعن لا ينكر الزوجية مع المطلوبة في النقض ولا الأولاد المطالب بنفقتهم، مما تكون معه القضية غير متعلقة جوهريا بالأحوال الشخصية، وبالتالي غير خاضعة لتطبيق الفصل التاسع من قانون المسطرة المدنية...»[74].

---

73 - ينص هذا الفصل قبل تعديله بالقانون رقم 03–72 على أنه :

«يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة الدعاوي الآتية :

1 ـ .....

2 ـ القضايا المتعلقة بالأحوال الشخصية والنيابات القانونية.

3 ـ القضايا المتعلقة بفاقدي الأهلية وبصفة عامة جميع القضايا التي يكون فيها ممثل قانوني نائبا أو مؤازرا لأحد الأطراف.

4 ـ القضايا التي تتعلق وتهم الأشخاص المفترضة غيبتهم...».

وبعد تعديل هذا الفصل، أصبحت صياغته كما يلي:

«يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة الدعاوى الآتية:

1 - ...

1 – القضايا المتعلقة بالأسرة

3 – القضايا المتعلقة بفاقدي الأهلية وبصفة عامة جميع القضايا التي يكون فيها ممثل قانوني نائبا أو مؤازرا لأحد الأطراف.

4 – القضايا التي تتعلق وتهم الأشخاص المفترضة غيبتهم...».

74 - قرار 16 مارس 1977، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 126، ص. 143.

ـ قرار 12 أبريل 1983، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 132، ص 142 وما يليها.

وجاء في قرار آخر للمجلس الأعلى:

«المقصود بقضايا الأحوال الشخصية فيما يخص تبليغ النيابة العامة بها عملا بالفصل 9 من ق.م.م. أن يوجد نزاع جوهري في الحالة الشخصية مثل إنكار الزوجية أو إنكار النسب. فالحكم بإيقاف النفقة ضد الزوجة الناشزة تدبير مؤقت، وإن المحكمة بما لها من سلطة في التقدير اعتبرت أن الظروف التي كانت قد اتخذ فيها ذلك التدبير قد زالت...».

ـ قرار صادر بتاريخ 24 ماي 1977، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 26، ص 127.

ولمزيد من الإيضاح حول الموضوع انظر:

ـ نور الدين الشرقاوي الغزواني، تدخل النيابة العامة في الدعاوي المدنية، مطبعة المعارف الجديدة بالرباط، 1995، ص 152 وما بعدها.

والظاهر أن التكييف الذي أورده المجلس الأعلى، اعتمادا على الفصل 9 من ق.م.م. يساير إلى حد ما اجتهاد محكمة النقض المصرية الصادر في 21 يونيو 1934، وهو موقف لا نوافقه عليه إطلاقا، ذلك أنه لا أحد من الفقهاء يخرج بعض العلاقات الأسرية ذات الطابع المالي من مجال الأحوال الشخصية، ومن ذلك مثلا الصداق والنفقة والخلع والميراث، ما دامت في جوهرها تمثل شرطا أو حكما أو آثارا لعقد الزواج أو لانتهائه، خاصة أن التحديد الذي أورده المشرع المغربي في الفصل 9 السالف الذكر، هو في نظرنا تحديد على سبيل المثال فقط[75].

ومن هذه الناحية، فقد اعتبر المشرع الصداق شرط صحة في الزواج من خلال المادة 13 من مدونة الأسرة.

ونصت المادة 194 من مدونة الأسرة على أنه:

"تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء، وكذا إذا دعته للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها".

ونصت المادة 329 من نفس المدونة على ما يلي:

"أسباب الإرث كالزوجية والقرابة أسباب شرعية...".

ولعل ما يؤكد وجهة نظرنا – وبالإضافة إلى النصوص أعلاه – أن المشرع نفسه قد نص في الفقرة الأولى من الفصل 179 مكرر من ق.م.م على أنه:

"يبت في طلبات النفقة باستعجال وتنفذ الأوامر والأحكام في هذه القضايا رغم كل طعن...".

والفصل 179 مكرر من ق.م.م. قد ورد ضمن المساطر الخاصة بالأحوال الشخصية مما يفيد أن المشرع نفسه يعتبر النفقة داخلة ضمن مباحث قانون الأحوال الشخصية لا الأحوال العينية، ضمنيا، على خلاف الموقف الذي تبناه المجلس الأعلى في قراره السابق.

والظاهر أن المشرع قد اقتنع بوجهة النظر هذه، حيث استبدل عبارة قضايا الأحوال الشخصية بقضايا الأسرة، عندما عدل الفصل 9 من قانون المسطرة المدنية[76].

---

75 - أخذ فكرة عن موقف الفقه المغربي، راجع بالخصوص: أستاذنا أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الأول، مكتبة المعارف، 1987، ص 11 وما بعدها.

76 - ينص الفصل 9 من ق.م.م. بعد تعديله على ما يلي:

ثانيا ـ أهمية تعريف الأحوال الشخصية وتكييف مسائلها:

تظهر أهمية تعريف الأحوال الشخصية وتكييف المسائل المرتبطة بها من الناحية القانونية من عدة أوجه، نقف عند أهمها:

1 ـ يقتصر التطبيق الشخصي للقانون في إطار العلاقات ذات العنصر الأجنبي ـ مبدئيا ـ على قانون الأحوال الشخصية الملغى والذي عوض بمدونة الأسرة، بخلاف النصوص المتعلقة بالعلاقات المالية التي لا تعرف كقاعدة عامة إلا التطبيق الإقليمي[77].

2 ـ يختلف اجتهاد القاضي في إطار مدونة الأسرة التي حلت محل مدونة الأحوال الشخصية عنه في مجال الروابط المالية، على ما سوف نوضحه لاحقا، من خلال الفقرة الموالية.

3 ـ حسب جانب من الفقه، فإن القواعد المضمنة في مدونة الأسرة لا تخضع بصفة مطلقة لقاعدة عدم رجعية القوانين لأنها في الغالب تنظم مراكز قانونية لا علاقات تعاقدية[78].

«يجب أن تبلغ إلى النيابة العامة الدعاوى الآتية:

1 ـ ...

2 ـ القضايا المتعلقة بالأسرة...».

77 - راجع لمزيد من التوضيح حول الفكرة، مصنفات المدخل لدراسة القانون.

78 - وليس المقصود في هذا الصدد بالأوضاع القانونية المراكز القانونية بمفهومها الواسع، ولكن المقصود بالأساس المراكز القانونية التي لا تلعب فيها إرادة الأفراد أي دور في تحديد مضمونها أو قواعدها، وإنما تقتصر تلك الإرادة على الانضمام إليها أو إحداث فعل يؤدي إلى انطباقها دون تغيير في مضمونها.
والظاهر أن الأوضاع القانونية أو المراكز القانونية Situations légales بهذا المفهوم تقابل المراكز العقدية Situations contractuelles التي تلعب الإرادة فيها دورا أساسيا بخصوص تحديد مضمونها.
ولعل من أبرز المراكز القانونية بالمعنى الضيق الذي يهمنا، مركز الزوج، ومركز الزوجة، ومركز الابن الشرعي، ومركز الحاضن والمحضون، ومركز عديم الأهلية وناقصها وكاملها ومركز الوارث ومركز صاحب الوصية الواجبة وهكذا، فإذا نشأ أي مركز من هذه المراكز في ظل القانون القديم، ثم صدر قانون جديد يعدل من هذه المراكز، فإن هذا القانون يسري بأثر مباشر على الآثار التي ترتبت على هذه المراكز، ابتداء من تاريخ العمل بالقانون الجديد، وعليه، فإذا صدر قانون جديد يعدل في بعض أحكام الزواج، فإنه يطبق فورا على كل علاقات الزواج القائمة. وإذا صدر قانون جديد يعدل في نظام النسب الشرعي فيجيز مثلا إثبات النسب أو نفيه بالشهادة الطبية، فإن هذا القانون يطبق بأثر مباشر، ولو كان الأولاد المعنيون قد ولدوا قبل العمل بهذا القانون. وإذا صدر قانون جديد يعدل في نظام الوصاية أو التقديم على عديم الأهلية أو ناقصها، فإنه يطبق فورا على كل حالات انعدام الأهلية أو نقصانها.
ـ تناغو، م.س، ص 692 و 693.
والموقف الفقهي المعبر عنه أعلاه هو السائد قضائيا في القانون الفرنسي، حيث الأصل أن القواعد التشريعية

4 - ومن ناحية أخرى، فإن الحقوق التي تنتقل بالميراث هي الحقوق المالية مبدئيا، أما الحقوق غير المالية فهي لا تنتقل بالميراث ومن ذلك حق الحضانة وحق الولاية على النفس وحق الولاية على المال.

نعم، هناك حقوق مالية ولكنها متصلة بشخص المالك؛ مثل الحق في النفقة الذي لا ينتقل إلى الوارث بعد موت الدائن بها[79].

5 - قواعد الأحوال الشخصية، وبخلاف بعض العلاقات المالية، من صميم النظام العام لاعتباراتها الاجتماعية والدينية بالخصوص، بخلاف العلاقات المالية التي يغلب عليها أحيانا الطابع المكمل.

6 - ومن الناحية الإجرائية الصرفة، فإن المشرع قد خصص للعلاقات الأسرية مسطرة خاصة بها تراعي وضعية الأسرة وطبيعة النزاعات المرتبطة بها[80]، وهي المنصوص عليها إما في مدونة الأسرة نفسها وإما في قانون المسطرة المدنية في إطار المساطر الخاصة بالأحوال الشخصية.

ثالثا. طبيعة قواعد مدونة الأسرة :

ينعقد الإجماع في التشريع والفقه والقضاء على أن القواعد المضمنة في مدونة الأسرة هي كأصل عام قواعد آمرة وتتصل بجوهر النظام العام.

المعدلة لأحكام الحالة والأهلية تسري بأثر فوري، فنقرأ مثلا في قرار لمحكمة الاستئناف بباريس:

— "Les lois mofifiant l'état et la capacité des personnes ou instituant des procédures en vue de telles modifications par justice s'appliquent immédiatement aux situations existantes et il importe peu que ces situations résultent des faits ou d'actes volontaires intervenus antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi en vigueur..."

— Paris, 26 novembre 1968; Gaz. Pal. 1969-1-72.

وانظر كذلك:

— Dijon, 11 mars 1993, Bull. Inf. C. cass. 1ère octobre 1993, n° 1120.

هذا مع العلم أن المشرع المغربي عندما عوض مدونة الأحوال الشخصية بمدونة الأسرة بالشكل السابق بيانه لم يحسم في مثل هذه المسائل المهمة جدا على المستوى العملي بكيفية شاملة، باستثناء ما ورد في المادتين 398 و399 ويتعلقان بالإجراءات عموما لا بالأحكام الموضوعية.

79 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1968، ص 90 و91.

80 - ولمزيد من الإيضاح حول أثر التمييز بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية على مستوى الاختصاص القضائي وعلى مستوى العقيدة الدينية وعلى مستوى وقف الدعوى إلى حين النظر في المسائل الأولية المثارة أثناءها انظر:

أحمد أبو الوفا، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط. 12 (ت.غ.م)، ص. 259 وما بعدها.

ويستنتج من ذلك ما يلي:

1 - لا يمكن مطلقا الاتفاق على مخالفة الأحكام المضمنة في مدونة الأسرة، بل وحتى الشروط الإرادية التي يسمح المشرع بإدراجها في عقد الزواج تخضع من هذه الناحية للرقابة القضائية البعدية على ما يتضح من منطوق المادتين 47 و 48 من تلك المدونة[81].

2 - إن القضاء - ولو على مستوى محكمة النقض - له أن يثير خرق الأحكام المتعلقة بالأحوال الشخصية تلقائيا، ولو لم يتم ذلك من طرف الخصوم في الدعوى، المرفوعة أمامه[82]، ومن ذلك مثلا أن يتبين له من خلال ملف الدعوى وعناصرها بطلان عقد الزواج أو أن الطلاق بائن وليس رجعيا، حيث له أن يتدخل لإعادة الأمور إلى تكييفها الصحيح.

3 - ومما يزكي تلك الطبيعة أن المشرع نفسه قد فرض - تحت طائلة البطلان - تبليغ القضايا المتعلقة بقضايا الأسرة إلى النيابة العامة (الفصل 9 من ق.م.م)، بل وفي مدونة الأسرة، جعل النيابة العامة طرفا أصليا بخصوص تطبيق كل نصوصها.

ولأن قانون الأسرة أكثر القوانين المغربية ارتباطا بالشريعة الإسلامية، فقد سبق للمشرع المغربي، من خلال قانوني 1959 و 1968 بشأن تنظيم ممارسة مهنة المحاماة بالمملكة المغربية، أن قرر في هذا الصدد أنه لا يقبل لمؤازرة الخصوم المسلمين وتمثيلهم في قضايا الأحوال الشخصية والميراث إلا المحامون المغاربة المسلمون لا غير.

غير أن هـذا القيد، وللأسف الشديد، لم يـرد في قانون 1979 ولا في قانـون 1993 المنظم لنفس المهنة[83]، بـل ولا في القانون رقم 28-08 المتعلق

---

81 - راجع في هذا الصدد الفقرة التي سنخصصها لاحقا للشروط الإرادية المضمنة في صلب الوثيقة المتضمنة لعقد الزواج.

82 - راجع قرار المجلس الأعلى الصادر في 5 يوليوز 1971، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 23، ص. 42 وما يليها.

- قرار تحت رقم 164 صادر عن المجلس الأعلى في 19 أبريل 1980 في الملف الاجتماعي تحت عدد 193 81 (غير منشور).

83 - لقد نص الفصل الثامن من قانون المحاماة الصادر بظهير 18 ماي 1959 على أنه :

«لا يقبل لمؤازرة الخصوم وتمثيلهم لدى الغرف المختصة بالنظر في قضايا الأحوال الشخصية والميراث الإسلامي إلا المحامون المغاربة المسلمون».

بالقانون المنظم لمهنة المحاماة الصادر بشأن تنفيذه الظهير الشريف بتاريخ 20 أكتوبر 2008[84].

ولعل ما يؤكد طبيعة الاتصال بالنظام العام بالنسبة للمواضيع التي تدخل

وتطبيقا لهذا النص، قضى المجلس الأعلى برفض طعن بالنقض قدم من محامي يهودي في قضية تتعلق بالأحوال الشخصية للمسلمين. (انظر قرار 31 أكتوبر 1967، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 92، ص 43 وما بعدها. وكذلك بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد الأول، ص 59 وما بعدها وانظر قرار 11 فبراير 1970 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 14، ص. 62 وما بعدها).

وفي نفس الاتجاه، نص الفصل الثالث في فقرته الثانية من قانون المحاماة الصادر بالمرسوم الملكي بتاريخ 19 دجنبر 1968 على ما يلي:

«المحامين المغاربة المسلمين وحدهم الحق في مؤازرة الخصوم أو الدفاع عنهم أو تمثيلهم في الدعاوى المتعلقة بقضايا الأحوال الشخصية والميراث الإسلامي، كما أن المحامين اليهود المغاربة يمكنهم وحدهم الدفاع في الدعاوى المتعلقة بقضايا الأحوال الشخصية العبرية».

ولم ينص لا ظهير 8 نونبر 1979 ولا الظهير بمثابة قانون الصادر في 10 شتنبر 1993، وهو النص السائد حاليا على القيد المذكور أعلاه.

وأمام هذا الفراغ التشريعي، سنحت الفرصة للقضاء المغربي، وفي مقدمته المجلس الأعلى بأن يدلي بموقفه من الموضوع:

«فقد ذهبت محكمة الاستئناف بطنجة - في ظل قانون 1979 - إلى أنه: «في قضايا الأحوال الشخصية والميراث الإسلامي لا يقبل لمؤازرة الخصوم وتمثيلهم إلا المحامون المغاربة المسلمون»، وقضت المحكمة بذلك بعدم قبول الاستئناف الذي قدمه الأستاذ شارل سوجير المحامي بطنجة باعتباره غير مسلم، غير أن المجلس الأعلى نقض قرار المحكمة المذكورة بعلة «أن المحكمة قضت بعدم قبول استئناف الطاعن شكلا، الذي قدمه نائبه الأستاذ شارل سوجير المحامي بطنجة، بعلة أن المحامي المذكور غير مسلم، ويعتنق الديانة المسيحية ولا يسمح له القانون بالترافع في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين مع أن قانون المحاماة الجديد - 1979 آنذاك - لم يستثن شيئا من ذلك الأمر الذي كان ما عللت به المحكمة فاسدا ينزل منزلة انعدام التعليل...» ومعنى هذا أنه يمكن أن يقبل الترافع في قضايا الأحوال الشخصية للمسلمين من محام غير مسلم».

عبد المجيد غميجة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، دكتوراه في القانون الخاص، وحدة القانون المدني، الرباط - أكدال، سنة 2000، ص 395.

وقد رجع الباحث لقرار محكمة الاستئناف بطنجة الصادر في 3 أكتوبر 1985، منشور بمجلة رسالة المحاماة، العدد الخامس، ص 171 وكذلك بمجلة الندوة، العدد الأول، ص. 117 وكذلك لقرار المجلس الأعلى الصادر في 18 أكتوبر 1988، منشور بمجلة الندوة، العدد السابع، ص. 83 وما بعدها.

والظاهر أنه قد كان وراء موقف المشرع المغربي عدم التعارض مع قوانين دول أجنبية حيث تعرض على القضاء المغربي نزاعات تهم مغاربة مسلمين وتتصل بأحوالهم الشخصية يترافع فيها عادة محامون غير مسلمين من حيث إن القضاء المغربي قد يرفض تذييلها بالصيغة التنفيذية لمخالفتها لنص مغربي يتصل بالنظام العام.

84 - ج.ر. عدد 5680 بتاريخ 6 نونبر 2008، ص. 4044.

في مجال مدونة الأسرة، أن المشرع المغربي قد وضع عقوبات جنائية خاصة ترمي إلى حماية الأسرة إما بصفة مباشرة أو بصفة غير مباشرة. وهكذا فقد تم تنظيم جرائم الفساد والخيانة الزوجية، والامتناع عن تقديم الطفل إلى من له الحق في حضانته، وإهمال الأسرة وسوء معاملة الأبوين لأبنائهما أو التقصير في الإشراف عليهم، وجرم القانون الجنائي الإجهاض والتحريض عليه، وجرم استعمال الأطفال الصغار في التسول وهكذا[85].

وأخيرا، فقد قرر القضاء المغربي، وفي كل درجاته، بطلان الشرط المضمن في عقد الشغل والذي يمنع الأجيرة - المضيفة الجوية في طائرة - من الزواج[86](76)، باعتباره حقا مدنيا أساسيا لا سبيل لتعطيله أو التنازل عنه، ولتعارضه مع مقتضيات الفصل 109 من ق.ا.ع.[87]، وهي قاعدة سبق أن اعتمدها القضاء في فرنسا منذ سنة 1963[88].

---

85 - راجع حول الموضوع:

- محمد مرزوكي، السياسة الجنائية الاجتماعية في مجال الأسرة والأحداث، بحث منشور ضمن أعمال ندوة السياسة الجنائية بالمغرب، مكناس 2004، المجلد الأول، مطبعة فضالة، توزيع دار القلم، 2004، ص. 333 وما بعدها.

86 - جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«... حيث لئن كان الفصل 109 من قانون الالتزامات والعقود ينص على بطلان الالتزام المقترن بشرط من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الحقوق والرخص الثابتة لكل إنسان كحقه في أن يتزوج وحقه في أن يباشر حقوقه المدنية فإن هذا الشرط يكون باطلا ولا يؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه إذا كان من شأنه الانتقاص من حقوق الأجير لذلك فإن المحكمة كانت على صواب عندما اعتبرت أن شرط عدم الزواج الذي التزمت به المطلوبة في النقض يعتبر باطلا ويبقى العقد صحيحا...».

- قرار صادر بتاريخ 14 دجنبر 1982، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 132، ص. 139 وما بعدها.

ولمزيد من الإيضاح حول الموضوع، انظر:

- إدريس فجر، شرط عدم الزواج في عقد العمل بين الشرعية والمشروعية، مقال منشور (م.م.م)، العدد 55.

- محمد سعيد بناني، المضيفات يتزوجن أو حقوق الأجير الشخصية، بحث منشور بالمجلة المغربية للفقه والقضاء، العدد 8.

87 - ينص هذا الفصل على ما يلي:

«كل شرط من شأنه أن يمنع أو يحد من مباشرة الحقوق والرخص الثابتة لكل إنسان كحق الإنسان في أن يتزوج، وحقه في أن يباشر حقوقه المدنية، يكون باطلا ويؤدي إلى بطلان الالتزام الذي يعلق عليه».

88 - وقد سبق للقضاء الفرنسي أن تبنى نفس القاعدة عندما قرر أن الحق في الزواج حق شخصي من صميم النظام العام لا يقبل القيد ولا الانتقال.

— "Le droit au mariage est un droit individuel d'ordre public qui ne peut se limiter ni s'aliéner. A moins de raison impérieuse évidente, une clause de non-convol doit être déclarée nulle".

وفي هذا الإطار دائما، حكمت المحكمة الإدارية بفاس بأن زواج التلميذة هو حق شخصي أساسي لها، لا يُسقط حقها، بأي وجه من الوجوه، في الانتفاع من مرفق التعليم[89].

وفي الفقه المالكي، جاء في فتوى لابن رشد الجد، أنه إذا اشترط المطلق على مطلقته في عقد الخلع ألا تتزوج قبل مرور عام من طلاقها، فالخلع جائز والشرط باطل[90].

فقرة ثالثة - الاجتهاد في مجال مدونة الأسرة :

ونقصد هنا اجتهاد المحكمة لسد النقص الذي تعاني منه مدونة الأسرة، إما لانعدام النص كلية، وإما لانعدام شروط تطبيقه.

أولا - الاجتهادفي مجال مدونة الأحوال الشخصية الملغاة:

استمد المشرع المغربي أهم القواعد الموضوعية المضمنة في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة من أحكام الفقه المالكي، إلا أنه قد رجع في حالات كثيرة للمذاهب الفقهية السنية الأخرى، كلما لاحظ أن بتلك المذاهب آراء أكثر تحقيقا لمصلحة الأسرة المغربية، أو أكثر مسايرة للظروف المستجدة، ومن هذه الناحية، تكون مدونة الأحوال الشخصية أكثر القوانين ارتباطا بالشريعة الإسلامية[91]، وهو نهج تبنته

— Paris 30 avril 1963. D 1963. 428, note Rouast.

— Soc. 10 juin 1982. J.C.P. 1984. II. 20330.

89 - حكم المحكمة الابتدائية بفاس، صادر في 17 يوليوز 1996، منشور بالمجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 22، ص 119 وما يليها.

90 - ابن رشد الجد، فتاوى ابن رشد، السفر الثالث، إدارة إحياء التراث الإسلامي بدولة قطر، دار الغرب الإسلامي، 1987، ص 1560.

91 - وتتضح مظاهر هذا الارتباط في أن بعض النصوص المضمنة بمدونة الأحوال الشخصية الملغاة هي عبارة من قواعد قرآنية، فمثلا فقد نص الفصل 72 من هذه المدونة على ما يلي: «وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن». والفصل مأخوذ حرفيا من الآية 4 من سورة الطلاق. ونص الفصل 85 من نفس القانون على أن: "الولد للفراش..." ونص الفصل 176 من ذات القانون كذلك على أنه "لا وصية لوارث".

مدونة الأسرة بدورها حاليا، كقاعدة عامة، مع بعض الاختلافات التي سنوضحها في حينها.

وبالإضافة إلى أن المشرع المغربي قد سمح لقاضي الموضوع باستقاء بعض الأحكام مباشرة من أحكام الفقه المالكي، كما فعل مثلا في الفصل 91 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بالنسبة للوسائل المعتمدة شرعا في نفي النسب[92]، فإنه قد قيد اجتهاده عند غموض النص أو نقصانه أو انعدامه من خلال الفصول 82 و 172 و216 و 297، والتي تقضي جميعها بالرجوع إلى الراجح أو إلى المشهور أو إلى ما جرى به العمل من فقه الإمام مالك[93].

غير أن ما يؤخذ على مسلك المشرع المغربي في هذا الصدد أنه رجع إلى المذاهب السنية الأربعة بالإضافة إلى المذهب الظاهري في حالات كثيرة، ثم قرر في النهاية الاقتصار فيما لم يوجد بشأنه نص على الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة وعلى المذهب المالكي في مدونة الأسرة التي حلت محلها، وهذا يعتبر من قبيل التناقض إذ هو يأخذ قاعدة من

والفصلان معا مأخوذان من حديثين صحيحين لرسول الله ﷺ، الأول أخرجه البخاري ومسلم، والثاني أخرجه النسائي.

بل ومن الملاحظ أن القضاء المغربي قد يترك النص ويعتمد مصدره المادي، حيث جاء مثلا في قرار للمجلس الأعلى:

«... نصيب الطاعنة باعتبارها الوارث الوحيد لوالدها هو النصف... لقوله تعالى: ﴿ وإن كانت واحدة فلها النصف... ﴾.

- قرار صادر في 28 ماي 1985، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العددان 37 و 38، ص. 122 وما بعدها.

انظر حول الموضوع:

- عبد المجيد غميجة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة، كلية الحقوق أكدال ، الرباط، 2000، ص 16 (الهامش رقم 47).

92 - ينص هذا الفصل على أنه :

«يعتمد القاضي في حكمه على جميع الوسائل المقررة شرعا في نفي النسب».

93 - جاءت هذه النصوص بصيغة واحدة :

«كل ما لم يشمله هذا القانون يرجع فيه إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك».

انظر حول الموضوع:

- القرافي، الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، حلب، ص 79. ومن أجل التوسع حول هذه الموضوعات، انظر :

- محمد رياض، أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، النجاح الجديدة، البيضاء، 1996، ص. 471.

مذهب ويحيل في جزئياتها على غير المذهب الذي أخذت منه[94]، مع العلم أن المادة 400 من مدونة الأسرة قد صيغت بكيفية تسمح عموما باحترام مركز كل مذهب على حدة.

والرجوع إلى الراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك رضي الله عنه وفقا للنصوص التشريعية الأربعة المشار إليها أعلاه، مسألة قانونية يجب على قاضي النقض أن يراقب إعمالها من طرف قاضي الموضوع[95]، مع الاعتراف بصعوبة المسألة التي تتطلب تخصصا فقهيا كبيرا، وتتطلب توحيدا على مستوى المراجع الفقهية المعتمدة، والتي قد تتضمن أحيانا بعض الفروق والاختلافات.

ثانيا ـ جديد مدونة الأسرة :

تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على أنه :

«كل مالم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف».

فما هي أبعاد هذه المادة التشريعية؟ وكيف يتم التعامل معها من الناحية القضائية؟

أولا ـ وجوب الرجوع للمذهب المالكي فيما لا نص فيه :

رغم أن مدونة الأسرة هي خليط من المذاهب الفقهية، مثلها في ذلك مثل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، فقد قرر المشرع الاعتماد في هذا الصدد على المذهب المالكي وحده كمصدر تكميلي لها.

يقصد بالمذهب المالكي مختلف الأحكام الاجتهادية التي قررها إمام المذهب مراعيا في ذلك أصولا معلومة وأخرى مخصوصة[96].

---

94 - أستاذنا المرحوم عبد النبي ميكو، الوسيط في شرح مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، الزواج والطلاق، 1972، (مطبعة...)، ص 50.

95 - للزيادة في الإيضاح حول هذه النقطة انظر :
- محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء سنة 1986، الجزء الأول، ص 127، طبع مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، سنة 2001.

96 - محمد رياض، م.س، ص 90.
- بوشعيب الناصري، قراءة في المادة 400 من مدونة الأسرة، م. المناهج، العدد 8–7، ص. 41.

ويندرج في إطار المذهب المالكي كذلك ما سار عليه أصحاب مالك وتلامذته – وهم كثر – من بعده، ناهجين في اجتهادهم أصول مذهبه، وإن خالفوه في بعض الفروع المبنية على تلك الأصول أو خالفوا بعضهم البعض، أحيانا.

ويعد الإمام مالك من أكثر الأئمة إعمالا للفتوى[97]. وقد ترتب على ذلك أنه قد نقلت عنه أقوال متباينة إما بسبب ضعف في النقل، أو لأن الإمام هو نفسه قد تراجع عن موقف سابق، وإما بسبب اختلاف الرواة وقوة أو ضعف استيعابهم لأقواله، بل اختلاف أمكنتهم وأزمنتهم، وإلى جانب هذا وذاك، تعددت المراجع التي تجمع مختلف النوازل التي أفتى بشأنها الإمام مالك، وفي مقدمة هذه المراجع المدونة الكبرى برواية سحنون عن عبد الرحمن ابن القاسم، والواضحة لابن حبيب، وَالعُتْبِيَّةَ لِلْعُتْبِي القرطبي، والموازية لابن المواز[98].

وللمذهب المالكي أدلة نقلية هي الكتاب والسنة وعمل أهل المدينة وفتوى الصحابي والإجماع، وله أدلة عقلية هي القياس والاستحسان والاستصحاب وسد الذرائع[99] وللمذهب المالكي أدلته الخاصة به والتي فرضتها كثرة النقول والروايات والاجتهادات مع تباينها في العديد من الأحيان، وتتمثل هذه الأدلة في المتفق عليه والقول المساوي لمقابله، وفي الراجح وفي المشهور وفيما جرى به العمل. ويأخذ المذهب المالكي بمراعاة الخلاف.

والذي نريد أن ننبه إليه أن الرجوع إلى الفقه المالكي لاعتماده بشأن تكملة ما سكتت عنه مدونة الأسرة، يقتضي الإلمام الكامل بأدلة المذهب من عامة وخاصة. وبدون الإلمام بتلك الأدلة التي تمثل أدوات المجتهد لا يكون هناك رجوع إلى ذلك المذهب، وإنما هو الخبط العشوائي والجهالة الجهلاء. لذلك يجب الاعتناء بهذا الجانب أثناء تهيء القضاة الذين سيلتحقون بمحاكم الأسرة في إطار تكوينهم بالمعهد العالي للقضاء.

ونتوقف فيما يلي باختصار شديد وبكيفية مبسطة عند الأدلة الخاصة للمذهب المالكي، من خلال المصطلحات المعتمدة فيه:

1 ـ المتفق عليه:

يراد بالمتفق عليه اتفاق فقهاء المذهب المالكي، دون غيرهم من المذاهب

---

97 - الحجوي، الفكر السامي، م.س، الجزء الثاني، ص. 456.

98 - محمد الفاضل بن عاشور، المحاضرات المغربيات، الدار التونسية للنشر 1974، ص. 75 وما بعدها.

99 - الشاطبي، الموافقات، الجزء الثالث، ص. 41.

الأخرى على حكم ما[100]، ومن ثمة فهو يخالف الإجماع كمصدر للشريعة الإسلامية من هذه الناحية[101].

وهكذا، فمتى كان هناك رأي متفق عليه في المذهب، ما صح الحياد عنه إلى غيره، وإن كان يجب التحري كثيرا بشأن من أورده[102]، مخافة الوقوع في الخطأ.

2 ـ القول المساوي لمقابله :

قد تستوي الأقوال المتعارضة داخل المذهب من حيث دليلها ومن حيث قائلوها، ولا يظهر في بداية الأمر موجب للرجحان فيما بينها.

وصورة القول المساوي لمقابله أن لا يوجد في المسألة رجحان وتختلف الأقوال فيها، ويتصور القول المساوي لمقابله، إما في قولين راجحين أو قولين مشهورين أو أن كون كل من القولين راجحا ومشهورا، ويكون كلا القولين متعارضين في الحكم، كأن ينص أحدهما على الوجوب والآخر على الندب أو أحدهما بالحلية والآخر بالحرمة[103].

فقد قيل في موقف أول إنهما يتساقطان معا، وقيل في موقف ثان يقضى بأحدهما، وخاصة متى ترجح لدى المفتي أو القاضي[104]، وقيل في موقف ثالث إن القاضي يختار أيهما شاء بشرط أن يبتعد عن الهوى، تطبيقا لقول الله تعالى:

﴿ وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم ﴾[105].

---

100 - ابن فرحون، كشف النقاب الحاجب من مصطلح ابن الحاجب، تحقيق حمزة فارس وعبد السلام الشريف، دار الغرب الإسلامي، الطبعة الأولى، 1990، ص. 114.

- محمد رياض، م.س، ص. 471.

101 - ذلك أن الإجماع هو مصدر عام بالنسبة لجميع المذاهب الفقهية، فهو مقدم على المتفق عليه، حتى داخل المذهب المالكي.

ويقصد بالإجماع: «اتفاق مجتهدي أمة محمد صلى الله عليه وسلم بعد وفاته في عصر من العصور على حكم شرعي اجتهادي».

انظر كتب أصول الفقه.

102 - محمد رياض، م.س، ص. 471.

103 - عبد المجيد الكتاني، مبدأ تقديم ما جرى به العمل على المشهور في الفقه المالكي، مقال منشور بمجلة الملتقى، العدد الأول (يناير 2006)، ص. 57.

104 - محمد رياض، م.س، بنفس الموضع.

105 - سورة المائدة، الآية 51.

- وانظر حول الموضوع:

- الشاطبي، م.س، الجزء الرابع، ص. 135 وما يليها.

- التسولي، البهجة في شرح التحفة، الجزء الأول، ص. 21 وما بعدها.

وهكذا، تبقى المسألة خلافية في المذهب.

3 ـ مراعاة الخلاف عند المالكية :

الأدلة النقلية في المذهب المالكي هي الكتاب والسنة والإجماع والقياس وعمل أهل المدينة وفتوى الصحابي والإجماع ومراعاة الخلاف[106].

إن مراعاة الخلاف أصل من أصول المذهب الملاكي، ومفاده إعمال المجتهد لدليل خصمه – أي المجتهد المخالف له – في لازم مدلوله الذي أعمل في عكسه لدليل آخر[107]. وحسب جانب من الفقه، إن مراعاة الخلاف هو إعطاء كل واحد من الدليلين حكمه[108]. ومن أمثلته إعمال الإمام مالك دليل خصمه القائل بعدم فسخ نكاح الشغار في لازم مدلوله الذي هو ثبوت هذا النكاح بعد الدخول[109].

ويستند هذا الأصل في المذهب المالكي على ما روته السيدة عائشة رضي الله عنها، حيث قالت:

«اختصم سعد بن أبي وقاص وسعد بن زمعة في غلام. فقال سعد: هذا يا رسول الله ابن أخي عتبة بن أبي وقاص عهد إلي أنه ابنه، انظر إلى شبهه... وقال عبد بن زمعة: هذا أخي يا رسول الله ولد على فراش أبي من وليدته. فنظر رسول الله صلى

- الحطاب، مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، الجزء الأول، ص. 36 وما بعدها.

106 - إلى جانب هذه الأدلة النقلية توجد أدلة أخرى توصف بالعقلية يأخذ بها المذهب المالكي وهي القياس والاستحسان والاستصحاب، وسد الذرائع، والمصلحة المرسلة والعرف.

انظر من أجل التوسع:

- محمد رياض، أصول الفتوى في القضاء في المذهب المالكي، م.س، ص. 340 وما بعدها.

107 - محمد رياض، م.س، ص. 401 وما بعدها.

108 - أشار إليه الونشريسي في المعيار في مسألة بعنوان:

«رعي الخلاف وجعله قاعدة».

- أبو العباس أحمد بن يحي الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوي أهل إفريقية والأندلس والمغرب، العدد 6، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، المغرب، الرباط، 1981، ص. 388.

109 - نكاح الشغار هو أن يقول الرجل لآخر زوجني ابنتك أو أختك وأزوجك ابنتي أو أختي ولا صداق بيننا.

وقد اختلف الفقهاء بشأن أثر هذا الشرط على صحة العقد بعد الوقوع، أي هل يفسد النكاح أم لا يفسد؟ قال فقهاء الأحناف إن العقد صحيح والشرط باطل ويلزم مهر المثل لأن هذا النكاح مؤبد أدخل عليه شرط فاسد. والشرط الفاسد لا يبطل العقد وإنما يلغى.

وقال فقهاء المالكية إن العقد فاسد يجب فسخه قبل الدخول وبعده ولو ولدت، وذلك اعتمادا على حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم: «لا شغار في الإسلام» (رواه مسلم عن ابن عمر).

الله عليه وسلم إلى شبهه، فرأى شبها بينا بعتبة، فقال: هو لك يا عبد، الولد للفراش وللعاهر الحجر، واحتجبي منه يا سودة بنت زمعة، قالت فلم ير سودة قط»[110].

لقد راعى رسول الله صلى الله عليه وسلم هنا حكمين: حكم الفراش فألحق الولد بصاحبه الذي هو زمعة، وحكم الشبه، فأمر بنت صاحب الفراش التي هي سودة بنت زمعة بالاحتجاب من الولد[111].

ومن تطبيقات مراعاة الخلاف أن الإمام مالك، رغم قوله بفساد النكاح المبرم بدون ولي، يراعي في ذلك الخلاف عندما ينظر فيما يترتب بعد وقوعه من مفسدة، ومن ثمة قرر أنه متى دخل بها، فلها المهر بما استحل من فرجها وإن حملت فالحمل يلحق بالزوج[112].

ومن تطبيقات مراعاة الخلاف كذلك النكاح في حالة الإحرام، فهو نكاح فاسد في المذهب المالكي ويفسخ مطلقا بعد الدخول وبعده لقول صلى الله عليه وسلم: «لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب».

ومقتضى ذلك أنه يفسخ بدون طلاق، ولا ينشر الحرمة، ولا يثبت فيه توارث بين الزوجين، ولا عدة فيه وإنما فيه الاستبراء. إلا أن فقهاء المذهب راعوا فيه خلاف الأحناف القائلين بتصحيحه فرتبوا عليه بعض آثار الصحة، فقالوا: إنه يفسخ بطلاق، ويثبت فيه التوارث بين الزوجين، وفيه العدة، وينشر الحرمة مراعاة لموقف الحنفية[113].

ويشترط المالكية شروطا للأخذ بمراعاة الخلاف، وهي باختصار:

---

110 - رواه البخاري ومسلم في الصحيحين عن ابن شهاب الزهري عن عروة.
وهذا الحديث، بالإضافة إلى روايته من الشيخين قد ورد عن بضع وعشرين صحابيا.
انظر حول المسألة:
- الشوكاني، نيل الأوطار في شرح منتقى الأخبار، الجزء السابع، مطبعة مصطفى الباي الحلبي، القاهرة، 1981، ص. 75.

111 - أحمد السباعي الرجراجي، منازل السالك إلى مذهب الإمام مالك، المطبعة الجديدة بفاس، 1940، ص. 34.

112 - إن الزواج بدون ولي فاسد عند الإمام مالك، صحيح عند الإمام أبي حنيفة متى كانت الزوجة تامة الرشد.

113 - محمد الأمين، مراعاة الخلاف في المذهب المالكي، دار البحوث الإسلامية، 2002، ص. 383.
أشار إليه:
- عبد المجيد الكتاني، مراعاة الخلاف في الفقه، بحث منشور بمجلة المناهج، العدد المزدوج 15 و16، ص. 181 وما بعدها.

أ - أن تكون المسألة محل النظر مختلفا فيها لأن المسائل المتفق عليها لا يراعى فيها غير دليلها.

ب - أن يراعي الخلاف مجتهد في المذهب إذ المقلد لا نصيب له في ذلك.

ج - أن لا تؤدي مراعاة الخلاف إلى الخروج عن المذهب كلية.

د - أن لا يؤدي مراعاة الخلاف إلى صورة تخالف إجماع المذاهب.

هـ - أن يكون الدليل المراعى قويا لا ضعيفا[114].

4 - الراجح والمشهور وما جرى به العمل في مذهب مالك:

من أدوات الاجتهاد في الفقه المالكي اعتماد الراجح أو المشهور وما جرى به العمل في مذهب مالك.

فما المقصود بهذه المصطلحات الثلاثة؟

أ - الراجح:

يرى جانب من الفقه أن الراجح - ويقابله القول الضعيف - هو الحكم الذي قوى الدليل على أنه رأي الإمام مالك، أو أنه المتأخر من أقواله أخذا بالقاعدة الأصولية التي تقضي بأن المتأخر من الأحكام يلغي المتقدم منها عند التعارض فيما بينهما، غير أن الأمر قد يتجاوز ذلك عندما يكون الراجح ما له دليل قوي في الشريعة الإسلامية عموما[115]، حيث يصبح الحكم مفروضا شرعا على المذهب وعلى غيره من المذاهب.

---

114 - انظر حول هذه الشروط:
- عبد المجيد الكتاني، م.س، بنفس الموضع.
وانظر من أجل التوسع حول مراعاة الخلاف وتطبيقاته وشروطه:
- محمد أحمد شقرون، مراعاة الخلاف عند المالكية وأثره في الفروع الفقهية، دار البحوث للدراسات الإسلامية وإحياء التراث، دبي، 2002.

115 - فحسب جانب من الفقه، إن «ضبط الراجح وتحديد معناه داخل المذهب يكاد أن يكون من الألفاظ المشتركة.
وذلك أن تعريفه بما قوي دليله، روعي فيه الأخذ بقول له دليل أقوى من أدلة المذهب وهو يتوقف على النظر في تلك الأدلة والترجيح بينها من المفتي والقاضي اللذين لابد أن تتوفر فيهما شروط الاجتهاد داخل المذهب.
كما يصدق الراجح بما ترجح من الأقوال والروايات عن الإمام مالك وفي دائرة المذهب. وفي جميع الأحوال يرجع في معنى الراجح إلى قوة الدليل».
- محمد رياض، أصول الفتوى والقضاء في المذهب المالكي، م.س، ص 474.

ويكاد يجمع الفقه المهتم على أن الراجح من بين أقوال الفقهاء هو الذي ينسب إلى الإمام ابن القاسم، وقول ابن القاسم هو روايته عن الإمام مالك رضي الله عنهما فيما يغلب على الظن؛ وبيان ذلك أن ابن القاسم قد لزم مالكا مدة عشرين سنة كاملة بحيث لم يكن يفارقه حتى توفي إلا لعذر قاهر، وقد كان عالما بالناسخ والمنسوخ من أقواله، إضافة إلى أنه هو الذي نقل حقيقة المذهب المالكي إلى عموم الناس[116]، من خلال إملائه المدونة على سحنون.

ولعل رجحان أقوال الإمام ابن القاسم هو الذي دفع الولاة بالأندلس المسلمة إذا ما ولوا رجلا شؤون القضاء أن يشترطوا عليه في سجل تعيينه ألا يخرج عن أقوال ابن القاسم، وقد أثر نفس الموقف عن القاضي سحنون بالقيروان في تونس[117].

ويرى بعض الفقه أن الرأي الراجح من بين أقوال الإمام مالك هو القول المضمن بالمدونة الكبرى، وهو رأي لا يختلف من الناحية الجوهرية عن الرأي المنوه به أعلاه، وإنما يقويه ويعضده، متى علمنا يقينا أن المدونة الكبرى هي عبارة عن أقوال الإمام مالك وفتاويه والتي أملاها الإمام ابن القاسم على سحنون بمصر، والذي رجع بها إلى القيروان بتونس حيث انتشرت وذاع صيتها في كل من المغرب الأقصى وبلاد الأندلس[118].

ويبقى أن مسألة تحديد الراجح من بين أقوال فقهاء المذهب المالكي، ليس بالمسألة الهينة نظرا لاختلافهم في الترجيح بصدد بعض المسائل الخلافية، بالإضافة إلى أن هناك من الفقهاء من يجعل الراجح مرادفا للمشهور، على ما سنوضحه في الفقرة الموالية.

وقد رجع الأستاذ محمد رياض للتدليل على صحة قوله للشيخ المسناوي الذي يقول:
«وأما قوة الدليل فسحت الآثار بعمل النبي ﷺ لذلك وحده كما قال عياض: وكفى بما في الموطأ والصحيحين عليها وحجة إذ ليس تحت أديم السماء بعد كتاب الله أصح منها».
- رسالة نصرة القبض، ص 45 وما يليها.
- محمد رياض، م.س، ص 474، (الهامش 45).

116 - برهان الدين إبراهيم ابن فرحون، تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، المطبعة العامرة الشرقية بمصر، 1301 هجرية، الجزء الأول، ص 47 و48.

117 - أحمد سحنون، ابن أبي زيد القيرواني في رسالته، مقال منشور بمجلة ندوة الإمام مالك، الجزء الثالث، ص 27 وما يليها.

118 - أحمد سحنون، م.س، نفس الموضع.

ب ـ المشهــور :

اختلف المهتمون بالفقه المالكي حول مفهوم عبارة المشهور - ويقابله القول الشاذ - إذ بينما يرى بعض الفقه أن المشهور هو ما قوي الدليل على أنه رأي الإمام مالك، حيث يرادف المشهور الراجح من حيث قوة الدليل لدى هذا الجانب من الفقه[119]، فإن البعض الآخر يرى أن المشهور هو الرأي الذي كثر القائلون به بغض النظر عن قوة أو ضعف الدليل الذي يستند إليه، حيث يعتبر المشهور غير الراجح وأدنى منه مرتبة وحجة، والكثرة هنا تقوم مقام الدليل لأنها مظنة له عند المقلد، وفي بعض الأحيان عند

---

119 - جاء في كتاب المعيار للونشريسي:
«... ثم إنا قلنا بمراعاة المشهور وحده، وهو المشهور، فالمشهور اختلفوا فيه، فقيل هو ما قوي دليله، وهو المشهور في المشهور...».
- أبو العباس أحمد بن يحيى الونشريسي، المعيار المعرب والجامع المغرب عن فتاوى أهل إفريقية والأندلس والمغرب، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، بيروت، 1981، الجزء 12، ص 37.
وجاء في البهجة للتسولي:
«... إن المشهور ما قوي دليله وقيل ما كثر قائله..»
- علي بن عبد السلام التسولي، البهجة شرح التحفة، دار الفكر، بيروت، لبنان، الجزء الأول، ص. 21.
ويستفاد من رأي جانب هام من الفقه أن الراجح للمجتهد الذي يمتلك أدوات الترجيح وأن المشهور للمقلد الذي لا يمتلك تلك الأدوات. فقد ورد في أطروحة محمد رياض:
«... ويستفاد من هذا أن المقابلة بين المشهور والصحيح أو الأصح، أن كل ذلك منصوص عليه، وأن هذا الكلام مقول للمقلد الذي يتلقى ذلك من المسلمات... أما المجتهد فله شأن آخر حيث إنه يدور مع الدليل، وحينئذ تكون المقابلة بين الراجح عنده والمشهور الذي بمعنى ما كثر قائله كما سوف ترى.
ويدل على ما سبق ما نبه عليه ابن فرحون نفسه في أن ثمرة اختلافهم في المشهور هل هو ما قوي دليله أو ما كثر قائله؟ تظهر فيمن كان له أهلية الاجتهاد، والعلم بالأدلة وأقوال العلماء، وأصول مأخذهم فإن هذا له تعيين المشهور.
- وأما من لم يبلغ هذه الدرجة، وكان حظه من العلم نقل ما في الأمهات فليس له ذلك، ويلزمه اقتفاء ما شهره أئمة المذهب.
وهذا ما عناه الإمام المازري رحمه الله بعد أن شهد له أهل زمانه بوصوله إلى درجة الاجتهاد، وما قارب رتبته قال: وما أفتيت قط بغير المشهور.
وذلك ورعا منه رضي الله عنه، وسدا لباب الذرائع وخوفا من تجاسر الجهلة على الإفتاء بغير المشهور من أمور الدين.
وسار على نهجه الإمام الشاطبي فقال: وأنا لا أستحل إن شاء الله في دين الله وأمانته أن أجد قولين في المذهب فأفتي بأحدهما على التخيير مع أني مقلد، بل أتحرى ما هو المشهور، والمعمول له به، فهو الذي أذكره للمستفتي ولا أتعرض له إلى القول الآخر، فإن أشكل علي المشهور، ولم أر لأحد من الشيوخ في أحد القولين ترجيحا توقفت.
فكلام هذين الإمامين دال على عملهم بالمشهور الذي هو ما كثر قائله، وأنهم لا يعملون بالراجح عندهما، ولو كانا من أهل الترجيح لأمور نظروا إليها مما حكاه الإمام المازري آنفا».
- م.س، ص. 491 و492.

المجتهد أيضا[120]. ولعل هذا الرأي الأخير هو ما قصده واضعو مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على ما يتضح من التركيبة اللفظية لنص الفصول 82 و 172 و 216 و 297 من نفس المدونة.

وأما بخصوص التسوية بين الراجح والمشهور، فهو ما عليه المتأخرون من فقهاء المذهب، يقول المهدي الوزاني على سبيل المثال:

«إننا نطلق القول المشهور على الراجح والراجح على المشهور ولا نعتبر هذا الفرق أصلا والقول إذا كان معتمدا في المذهب يسمى بالراجح والمشهور من غير فرق بين قوة دليله وكثرة قائله»[121].

وهذا الاختلاف في حد المشهور ما هو إلا انعكاس لاختلاف المدارس الفقهية المالكية في رؤيتها إلى مفهوم المشهور وتعيينه وما هو المعتبر فيه[122].

ج- ما جرى به العمل :

تطلق عبارة ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك غالبا على الاجتهادات القضائية والفقهية التي خالفت الراجح أو المشهور في المذهب لظروف ما اقتضت ذلك، كدرء مفسدة أو جلب مصلحة. وقد التبس مفهوم ما جرى به العمل على كثير من الناس قديما وحديثا، مما جعل بعض الفقهاء ينبه على ما يجب اعتباره ليرتفع هذا اللبس[123].

يرى أغلب المهتمين بأن «ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك» يجد سنده وأصله في أصل من الأصول المهمة التي ينفرد بها المذهب المالكي، ويتعلق الأمر هنا بعمل أهل المدينة الذي انبثق عنه فيما بعد عمل أهل قرطبة بالأندلس المسلمة، ثم عمل أهل فاس، فمراكش، فسوس بالمغرب[124].

---

120 - ابن فرحون، م.س، ص 50.
وللمزيد من المعلومات ينظر كتاب نور البصر على خطبة المختصر لأحمد بن عبد العزيز الهلالي، طبعة حجرية، 1303هـ، ملزم 10، ص. 3.
121 - رسالة في إثبات استحباب السدل، الطبعة الأولى، 1996، ص. 470.
122 - راجع في هذا الشأن عبد المجيد الكتاني، مرجع سابق، ص. 56.
123 - للمزيد من الاطلاع انظر: عبد المجيد الكتاني، مرجع سابق، ص. 54 وما بعدها.
124 - لقد اعتبر الإمام مالك «عمل أهل المدينة» أحد الأصول المهمة لمذهبه، يأتي بعد الكتاب والسنة

ورغم ذلك، فإن ما جرى به العمل عند متأخري المذهب المالكي ليس مرادفا لعمل أهل المدينة لاختلاف مفهوم كل منهما، فعمل أهل المدينة مبني على المشاهدة والملاحظة المستمرة لأمور حصلت منذ عهد الرسول ﷺ إلى زمن الإمام مالك، في مكان مخصوص هو المدينة المنورة، بخلاف ما جرى به العمل المبني أساسا على أقوال ضعيفة تعززت بأسس معتبرة في المذهب[125].

« ولأهمية ما جرى به العمل، اهتم به العلماء وألفوا فيه نثرا ونظما.

ومن أشهر من نظم أهم مسائله: الإمام علي بن قاسم بن محمد التجيبي المشهور بالزقاق المتوفى سنة 912هـ (في لاميته المشهورة بلامية الزقاق) وأبو زيد عبد الرحمن

والإجماع، بل إنه قد قدمه على خبر الآحاد إذا لم يكن معضدا بالعمل.
لقد كان الإمام مالك ينظر في عمل أهل مدينة رسول الله ﷺ ويحاول انطلاقا من سلوكهم وممارساتهم اليومية استنباط بعض الأحكام أو ترجيح أحد الآراء فيما وقع فيه الخلاف، لكون هؤلاء أقرب من غيرهم من مركز الوحي وأكثر الناس تمسكا بحرفية العمل الذي شاهدوه وعاشوه أو رأوا سكوت الرسول وصحابته من بعده عنه.
وتجدر الإشارة إلى أن عمل أهل المدينة كمصدر للتشريع الإسلامي قد لقي معارضة شديدة من جانب هام من فقهاء المذاهب الأخرى من أمثال الشافعي والغزالي وابن حزم الظاهري. وبتطور الحياة المدنية والعلمية بالأندلس المسلمة، وظهور حالات ومشاكل لا ينظمها الفقه المالكي، أو تلتزم تطبيق رأي ضعيف أو شاذ برزت المدرسة القرطبية، وواكبها في تطورها «عمل أهل قرطبة» محاكاة لعمل أهل المدينة. وسند تلك المدرسة «تغيير العرف بتغيير الأمكنة والأزمنة».
ونظرا للمكانة العلمية التي كانت لأهل قرطبة، صار عمل أهلها مصدرا للفتوى والقضاء بالأندلس.
ولما كان المغرب الأقصى مرتبطا بالأندلس بحكم الجوار والحكم، فقد انتقلت إليه عدوى «العمل» حيث صار القضاء والفتوى طبقا لعمل أهل قرطبة.
ولما انقرضت دولة الإسلام بالأندلس، وأصبحت مدينة فاس عاصمة علمية للمغرب الأقصى، أخذ نوع من العمل المغربي يبرز شيئا فشيئا. وقد انقسم العمل بالمغرب إلى قسمين رئيسيين: عمل مطلق جرى اتباعه بالمغرب كله، وعمل خاص جرى اتباعه في مدينة معينة أو إقليم معين، كعمل أهل فاس وعمل أهل مكناس وعمل أهل الرباط وعمل أهل مراكش وعمل أهل سوس.
- راجع للزيادة في الإيضاح :
- عمر بن عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، رسالة دكتوراه من دار الحديث الحسنية، مطبعة فضالة، 1984.
- عمر بن عبد الكريم الجيدي، أثر القاضي عياض في فقه العمليات، مقال منشور بمجلة دار الحديث الحسنية، العدد الثالث، ص. 217 وما بعدها.
- عبد السلام العسري، نشأة نظرية الأخذ بما جرى به العمل عند فقهاء المغرب والأندلس، مقال منشور بمجلة دار الحديث الحسنية، العدد الثالث، ص. 321 وما بعدها.
- عبد الله العمراني، البيئة وأثرها في صياغة المذهب المالكي، واستمراره، مقال منشور بمجلة كلية الشريعة، العدد السادس، ص. 62 وما بعدها.
125 - محمد رياض، م.س، ص. 515.

الفاسي بن الشيخ عبد القادر الفاسي المتوفى سنة 1096هـ (في نظمه المسمى العمل الفاسي) والشيخ محمد بن أبي القاسم بن محمد بن عبد الجلالي الفيلالي السجلماسي، المتوفى سنة 1214هـ (في نظمه المسمى العمل المطلق).

وسميت منظومة محمد بن أبي القاسم السجلماسي بالعمل المطلق لكون ناظمها لم يتقيد فيها بشرط المكان، بل ضمنها ماجرى به العمل في مجموع بلدان شمال إفريقيا (الأندلس والمغرب وتونس) وهو ما يسمى الآن بالغرب الإسلامي، بينما اقتصر أبو زيد الفاسي في نظمه على ما جرى به العمل بفاس، وهي تابعة لعمل الأندلس، ولذلك سميت منظومته بالعمل الفاسي، أمـا الإمام الزقاق فقد تناول في منظومته عددا هاما من قواعد الفقه والإجراءات الشرعية، وقواعد التوثيق، كما تناول فيها بعض المسائل التي جرى بها العمل بفاس على غير المشهور»[126].

ويتوقف ما جرى به العمل على تحقق شروط أربعة هي الآتية:

- أن يكون العمل صادرا عن علماء بأحكام الشريعة الإسلامية:

فلأن الأصل فيما جرى به العمل قائم على الاجتهاد الفقهي المحض، فقد اشترط فيه الفقهاء أن يكون صادرا عن أئمة تتوفر فيهم درجة الاجتهاد، وإلا وجب عدم الالتفات إليه لما تقرر أن فاقد الشيء لا يعطيه، وهذه هي صفة المقلد عن الفقهاء.

---

126 - محمد القدوري، موسوعة قواعد الفقه والتوثيق، مستخرجة من حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، مطبعة النجاح الجديدة، 2004، ص 114 و115.
واختلفوا في الكيفية التي يثبت بها ذلك:
فقد ذهب بعض منهم إلى أن جريان العمل يثبت بقول عالم واحد موثوق به، لأنه من باب الخبر الذي يكفي فيه خبر الواحد، بينما ذهب البعض إلى أنه لابد لإثباته من أكثر من عالم، بل ذهب ميارة الفاسي إلى أنه إنما يصح يثبت بشهادة العدول المتثبتين في المسائل ممن لهم معرفة في الجملة.
ذهب إلى الرأي الأول أبو العباس الهلالي إذ قرر أن العمل يثبت بنص وارد عن فقيه موثوق بكلامه، وتبعه في ذلك المهدي الوزاني والشريف العلمي.
وذهب إلى الرأي الثاني السجلماسي الذي يرى أن العمل لكي يصح لابد من اتفاق ثلاثة فقهاء أو قضاة، وهو رأي الرهوني والتسولي كذلك.
أشار إلى هذه الأقوال وإلى مراجعها محمد بن عبد الكريم الجيدي، م.س، ص. 354.
ولمزيد من التوسع ينظر:
- عبد المجيد الكتاني، مبدأ تقديم ما جرى به العمل على المشهور، م.س، ص. 67.

- أن يثبت بشهادة العدول المتثبتين والمشهود لهم في المسائل الفقهية:

ومفاد ذلك أن ينقل عمل العلماء بالضعيف نقلا صحيحا من غير شك، فإذا وقع الشك هل عمل العلماء بمقابل المشهور أم لا، فإنه يجب العمل بالمشهور.

فالمسألة عبارة عن قضية نقلية انبنى عليها حكم شرعي، ومن ثمة وجب إثباتها بنقل صحيح، لا يشوبه أي شك.

- أن يكون العمل جاريا على قوانين الشرع وإن كان شاذا :

إن ما جرى به العمل عبارة عن اجتهاد فقهي، يقوم في أساسه على اختيار قول ضعيف من عالم أو قاض أو مفت مؤهل لذلك، لأنه وحده القادر على مقابلة القول الضعيف أو الشاذ بالراجح أو المشهور، والنظر إلى الأدلة التي يقوى بها ذلك القول مقارنة مع غيره. يقول الأغلالي في هذا الصدد:

بيان ما به الضعيف يرجح	من بعد ضعف قادم وينجح
حتى يقوم على المشهور	وضعفه في غاية الظهور

- معرفة السبب :

ومعرفة السبب مما يساعد على إدراك سبب مخالفة العمل للمشهور، حتى إذا زال ذلك السبب عاد الحكم للأصل[127]. وغالبا ما يتمسك في هذه الأحوال بالمصلحة وبالعرف اللذين قد يفرضان تغير الأحكام في بعض الأحوال والظروف[128]، مع العلم أن الفقه المالكي فقه يراعي المصالح، بل وقد قيل إنه فقه مصالح[129].

5 - صور لما جرى به العمل في مجال الأحوال الشخصية :

تطرق الفقيه عمر بن عبد الكريم الجيدي رحمة الله عليه في أطروحته الرائعة حول: «العرف والعمل في المذهب المالكي» إلى العديد من النماذج لما استقر عليه

---

127 - أحمد الهلالي السجلماسي، نور البصر في شرح خطبة المختصر. طبعة حجرية، ص. 131، (رياض، م.س، ص. 517).
- عبد المجيد الكتاني، مبدأ تقديم ما جرى به العمل على المشهور، المرجع السابق، ص. 66.
128 - التسولي، م.س، الجزء الأول، ص. 22.
129 - د. حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، م.س، ص. 47 وما بعدها.

العمل في مسائل تتصل عموما بالأحوال الشخصية، نورد فيما يلي بعضا مما يتصل منها بكتابنا هذا:

أ ـ الاعتداد بالأشهر عوض الأقراء :

الأصل أن المرأة المطلقة المدخول بها التي تحيض يجب أن تعتد بثلاثة قروء مصداقا لقوله تعالى:

﴿ والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء ﴾[130].

والقرء هو الطهر لدى فقهاء المذهب المالكي[131]، والمرأة المطلقة مصدقة ـ من الناحية الشرعية ـ في ادعاء انقضاء أو عدم انقضاء عدتها[132]، ما لم يتضح كذبها، على ما قرره فقهاء المذهب.

وقد جرى العمل في المغرب والأندلس في هذه المسألة بالاعتداد بالأشهر عوض الأقراء، ومعنى ذلك أن المطلقة رجعيا أو بائنا والتي تحيض، لا تنقضي عدتها إلا بعد انقضاء ثلاثة أشهر كاملة على طلاقها، ويبرر أبو بكر بن العربي هذا العمل بقوله:

«عادة النساء عندنا أن تحيض المرأة مرة في الشهر. وقد رقت الأديان فلا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر»[133].

---

130 - سورة البقرة الآية 227.

131 - وسنعود لهذا الموضوع بتفصيل عند حديثنا عن العدة كأثر من آثار الطلاق أو التطليق أو الوفاة.

132 - ويستنتج المفسرون والفقهاء ذلك عادة من قوله تعالى: ﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن﴾.

ـ الآية 227 من سورة البقرة.

جاء مثلا في الجامع لأحكام القرآن:

"والمعنى المقصود من الآية أنه لما دار أمر العدة على الحيض والأطهار ولا اطلاع عليهما إلا من جهة النساء، جعل القول قولها إذا ادعت انقضاء العدة أو عدمها، وجعلن مؤتمنات على ذلك، وهو مقتضى قوله تعالى: ﴿ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن...﴾.

ـ أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثالث، دار الكتب العربية للطباعة والنشر بالقاهرة، 1967، ص 118.

133 - التاودي، شرح لامية الزقاق، ص 3، م 22.

ويقول ابن عاصم الغرناطي:

ومن يطلق طلقة رجعية ثم أراد العود للزوجية

فالقول للزوجة واليمين على انقضاء عـدة تبين

ومعنى ذلك أن الحكم الشرعي المستمد من العادة المستقرة خير من الحكم الشرعي المتوقف على إقرار المطلقة بانقضاء عدتها، في وقت ضعف فيه الوازع الديني لدى أغلبية النساء، وهو ما لم تأخذ به مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على ما يتضح من الفصل 73 منها ولا مدونة الأسرة التي حلت محلها على ما يتضح من المادة 136 منها، والتي رجعت إلى النص القرآني وقنّنت حكمه، دون الالتفات إلى ما جرى به العمل في هذا الصدد.

ب ـ تجهيز الشوار :

الشوار في اللغة أثاث البيت، وفي الاصطلاح الفقهي تجهيز الأب ابنته لزوجها قبل الزفاف، أو ما تحمله الزوجة لزوجها عند البناء.

وقد استقر العمل بمدينة فاس على أن الرجل ميسور الحال يشور ابنته بقدر ما أعطاه الزوج من الصداق، بأن يضيف له مثله، بحيث لو أعطاه الزوج ألفا وجب على الأب أن يضيف ألفا أخرى إليها ليصير المبلغ في النهاية ألفين.

والشوار عندهم لازم حتى بالنسبة لليتيمة، إذ جاء في كتاب النوازل الكبرى للمهدي الوزاني.

وحسب التسولي :

« وحاصل معنى البيتين أن الطلاق إذا كان رجعيا واختلفا في انقضاء العدة فالقول للزوجة مع يمينها على ما درج عليه الناظم وحكاه ابن الهندي عن مقالات ابن مغيث والمشهور أن لا يمين عليها خ وصدقت في انقضاء عدة الأقراء والوضع بلا يمين ما أمكن أهـ واختلف فيما يمكن انقضاء عدتها فيه فقال سحنون أقل ما تصدق فيه أربعون يوما وقال ابن الماجشون خمسون يوما وفي اختصار المتيطية قال في غير المدونة ولا تصدق في أقل من خمسة وأربعين يوما قال وبه جرى عمل الشيوخ انظره في باب الرجعة ولعل الناظم إنما اعتمد القول باليمين مع أن المتيطي قد صرح إثر ما مر عنه بأنه ليس العمل على أن تحلف لفساد الزمان فقد قال ابن العربي قلت الأديان بالذكران فكيف بالنسوان فلا تمكن المطلقة من التزويج إلا بعد ثلاثة أشهر من يوم الطلاق ولا تسأل هل كان الطلاق أول الطهر أو آخره وعليه صاحب اللامية، حيث قال:

وذات قرء في اعتداد بأشهر.

أي لا تصدق في أقل من ثلاثة أشهر لا أنها تخرج من العدة بثلاثة أشهر ولو لم تحصل الأقراء الثلاث فإن هذا خلاف نص القرآن...»

ـ أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي، البهجة في شرح التحفة، توزيع دار الفكر، بيروت، لبنان، الجزء الأول، ص 371 و372.

ومن الملاحظ أن هذا المشكل سبق أن عرض على المجلس الأعلى. انظر في هذا الصدد :

ـ قرار المجلس الأعلى الصادر في 16 مارس 1981، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 28، ص. 44.

«وسئل ابن الحاج عن اليتيمة إذا تزوجت وكان لها عقار ولم يكن لها مال تشور به.

فأجاب بأن العقار يباع وتشور بثمنه، وحكي عن ابن عتّاب عن أبيه أن الشيوخ المتقدمين اتفقوا على ذلك»[134].

هذا العمل يخالف ما استقر عليه الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي على وجه الخصوص من عدم إلزام الزوجة أو أبيها بجهاز ما، لأن الصداق في نظر بعضهم عوض عن البضع[135]، وهو مخالف للفصل 18 من مدونة الأحوال الشخصية الملغى والمادة 29 من مدونة الأسرة الحالية[136]، التي تجعل الصداق ملكا خالصا للزوجة، وهي غير ملزمة عوضه بأي شيء.

ويظهر من فتاوى ابن رشد الجد أن هذه عادة سادت في بعض المناطق الأندلسية كمدينة شلب مثلا[137].

ج- الخلع بالإنفاق على الولد بعد مدة الرضاع :

الخلع في المذهب عموما هو حصول الزوجة على الطلاق بعوض تؤديه للزوج أو تنازلها عن حق لها في ذمته.

المشهور في المذهب المالكي أن الخلع مقابل الإرضاع جائز، وأن الإنفاق على الولد بعد الحولين من حياته غير ملزم للمطلقة شرعا.

---

134 - الجزء الثالث م.س، ص. 526.
وراجع كذلك مجموعة من الفتاوى في نفس الاتجاه مشار إليها في كتاب لصاحبه:
- الشيخ عيسى بن علي الحسني العلمي، كتاب النوازل، الجزء الأول، صادر عن وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة 1983، ص. 180 وما بعدها.
ورغم ذلك فإن الشوار يبقى ملكا للزوجة ولا تنتقل ملكيته أبدا إلى الزوج.
راجع في هذا الصدد تحفة ابن عاصم الغرناطي وخاصة الفصل المعنون كالآتي:
«فصل الاختلاف في الشوار المورد بيت البناء».
راجع المزيد من الإيضاح شراح التحفة.
135 - الحسني، م.س، ص. 432 وما بعدها.
136 - تنص المادة 29 من مدونة الأسرة على ما يلي:
«الصداق ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت، ولا حق للزوج أن يطالبها بأثاث أو غيره مقابل الصداق الذي أصدقها إياه».
137 - فتاوى ابن رشد، م.س، السفر الثالث، ص. 1418 و1419 (الفتوى رقم 518).
وقد ذكر ذلك كذلك الونشريسي في المعيار، م.س، ج. 3، ص. 381 و382.

ولقد جرى العمل لدى متأخري المذهب المالكي على صحة الاتفاق المبرم بين الزوج وزوجته والذي يقضي بأن الطلاق يكون مقابل الإنفاق على الولد إلى ما بعد الحولين[138] – أي بعد سنتين من عمره – وإلى ذلك يشير صاحب الزقاقية في لاميته:

والخلع بالإنفاق فيها بزائد   بخلع علـــى الحولين[139] ....

وطبقا للمادة 119 من مدونة الأسرة، تخالع المطلقة الرشيدة بالتنازل عن حقوق أبنائها إن كانت موسرة، ويمتنع عليها ذلك إن كانت معسرة. وقد جاء النص التشريعي مطلقا غير مقيد بمدة أو بغيرها، مما يسمح لنا بالقول إن المشرع هنا قد اعتمد على فقه العمليات.

د ـ صرف اليمين إلى الطلاق :

إن مما جرى به العمل كذلك لدى متأخري فقهاء المذهب المالكي بالمغرب، لزوم طلقة رجعية واحدة للحالف باليمين على طلاق زوجته التي سبق له أن دخل بها منه بعد حنثه.

« وإنما لزمه ذلك لأن العرف الجاري عند الناس أنهم يقصدون باليمين اليمين بالزوجة، ويصرفونه إلى الطلاق، ولولا هذا العرف ما وجب عليه عند حنثه إلا كفارة يمين بالله، لأنها اليمين الشرعية.

---

138 - ميارة الفاسي، شرح ميارة الفاسي على تحفة ابن عاصم، دار الفكر، ص 224.
وقد طبقت محكمة الاستئناف بالدار البيضاء هذه القاعدة من خلال قرارها الصادر في 20 يونيو 1990. منشور بمجلة المحاكم المغربية، العددان 64 و65. ص 180 وما بعدها.
ونشير في هذا الصدد إلى أن الرأيين معا يوجدان في المذهب. فقد جاء مثلا في الجامع لأحكام القرآن للعلامة القرطبي:
"... ولو اختلعت منه برضاع ابنها حولين جاز. وفي خلعها بنفقتها على الابن بعد الحولين مدة معلومة قولان: أحدهما يجوز، وهو قول المخزومي، واختاره سحنون، والثاني لا يجوز، رواه ابن القاسم عن مالك، وإن شرطه الزوج فهو باطل موضوع عن الزوجة...".
– أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، نشر دار الكتاب العربي للطباعة والنشر بالقاهرة، الجزء الثالث، 1967، ص. 142.
139 - وفي نفس الاتجاه، جاء في تحفة ابن عاصم:
والخلع بالإنفاق محدود الأجل   بعد الرضاع بجـــوازه العمل
وانظر بخصوص الشرح:
- ميارة الفاسي، م.س، ص. 224.

واعتبر الفقهاء هذا الطلاق رجعيا، لأنه هو الأصل في طلاق المدخول بها وبه تحمل ماهية الطلاق...»[140].

وبخلاف هذا العمل الذي استقر بفاس، ففي سوس، فإن الطلقة تكون بائنة.

يقول المشتيتي:

وطلقة بائنة بــه العمل   عن فقهاء سوسنا قد اتصل

وفي مدونة الأسرة وطبقا للمادة 91 منها، فإن الحلف باليمين أو الحرام لا يقع به طلاق مطلقا.

هـ - ترك اللعان :

قاعدة الولد للفراش. ومتى تحققت شروطها الشرعية. تقضي بأن الحمل أو الولد المزداد على فراش الزوجية يلحق بالزوج، ولا يمكن نفيه عنه إلا عن طريق اللعان، والذي يتأرجح عموما بين اليمين والشهادة[141].

---

140 - الجيدي، م.س، ص 441.

جاء في النوازل الكبرى للمهدي الوزاني في فتوى لسيدي محمد بن عبد القادر أن مرد المسألة إلى ما جرى به العرف حيث يقول:

«... وأن ما ذكره شارح التحفة من كون الأظهر حمل لفظ الطلاق على البائن، لأن الناس لا يعرفون الرجعي محمول على عرف بلده في وقته، وأنه كان اشتهر عندهم استعمال لفظ الطلاق في البائن دون غيره، وذلك لا ينافي عرف هذا الوقت وهذا البلد إذ الأعراف يقع فيها الانتقال وتختلف باختلاف الأقطار والأزمان، وعلى ما ذكرناه من صدق لفظ الطلاق على الرجعي جرت الفتاوى من أئمة أهل فاس، كالقاضي أبي محمد الونشريسي، والإمام المفتي السراج وغيرهما من المحققين في الحالف بالطلاق بلفظ اليمين أنه ينصرف إلى الطلاق بحسب العرف وأن الطلاق الرجعي كاف في ذلك، وهم أعرف بعرف أهل البلد...».

النوازل الجديدة الكبرى، الجزء الرابع، مطبعة فضالة 1997، الجزء الرابع، ص 46.

ورغم ذلك فهناك من المتقدمين كالباجي والعقباني، والتونسي واللخمي الذين رتبوا على هذه اليمين طلاق الثلاث، ما في الأصح لازمة:

وكل من يمينه باللازمة   له الثلاث في الأصح لازمة
وقيل بل واحدة رجعية   مع جهله وفقده للنية
وقيل بل بائنة وقيل بل   جميع الأيمان وما به عمل

وللمزيد من التوسع ينظر:

- عبد المجيد الكتاني: منهج تقديم ما جرى به العمل على المشهور، م.س، ص 75.

141 - راجع مثلا:

- علاء الدين أبي بكر بن مسعود الكاساني (الحنفي): بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المجلد الخامس، دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، 2003، ص 26 و27.

واللعان ثابت بكتاب الله[142] وبسنة رسوله[143]، وهذه مسألة سوف نرجع إليها في حينها.

والظاهر أن الهدف من اللعان درء الحد عن الزوج الذي يتهم زوجته بالزنا دون أن يستطيع إثبات ما يدعيه ونفي النسب عنه. ذلك أن دعوى اللعان قد تتخذ صورتين لا ثالث لهما:

- دعوى رؤية الزنا، أي أن يدعي الزوج في دعواه أنه رأى زوجته تزني.
- دعوى نفي الحمل، أي أن يدعي أن الحمل الموجود في بطنها ليس منه.

ومما جرى به العمل رفض دعوى اللعان من الزوج، قيل مطلقا سواء أكان الزوج عدلا أم فاسقا، وقيل إن كان فاسقا ليس إلا[144].

والمشهور في المذهب المالكي أن الفاسق في هذا الصدد كالعدل في صحة الالتعان متى تحققت شروطه الشرعية[145].

وفي القانون المغربي، أخذت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة باللعان، وأن القضاء المغربي درج على سماع الدعاوى المتعلقة به[146]، كما أن مدونة الأسرة قد أخذت به على ما يتضح من المادة 153 منها في مجال دعاوى نفي النسب لا غير[147]. والمسألة ستكون محل زيادة في التوضيح في الكتاب الثاني من هذه الدراسة.

و - الإثبات بواسطة شهادة اللفيف :

تعتبر شهادة اللفيف من أهم المسائل التي خالف فيها فقهاء المذهب المالكي الأصول الشرعية.

وشهادة اللفيف هي شهادة عدد كبير من الناس، ليس من المفروض أن يتوفر

---

142 - الآيات 6 و7 و8 و9 و10 من سورة النور.

143 - ما رواه أبو داود عن ابن عباس من حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم بخصوص هلال بن أمية الذي قذف زوجته بشريك بن سحماء.

144 - ومما تجب ملاحظته أن المشرع قد سبق له أن أخذ باللعان صراحة من خلال مقتضيات الفصل 25 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

145 - الجيدي، م.س، ص 444.

146 - سنرجع إلى اللعان بتفصيل في المبحث المخصص لنفي النسب.

147 - وقد سكتت مدونة الأسرة عن مسألة تحريم الزوجة على زوجها بسبب اللعان خلافا لما كان يقضي به الفصل 25 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

فيهم كلهم شرط العدالة المطلوبة شرعا في الشاهد، وإنما يحصل بها العلم على سبيل التواتر، وحسب البعض، فقد سميت باللفيف لاجتماع من يصلح فيها ومن لا يصلح للشهادة، وكأنهم قد لف بعضهم إلى بعض[148].

ولم يتفق الفقهاء على تاريخ بداية العمل باللفيف، وإن كان الإجماع منعقدا على أنها ظهرت بالأندلس أولا قبل أن تنتقل منه إلى المغرب، حيث تبنّاها قضاته وفقهاؤه.

وصورة اللفيف عند الفقهاء «أن يأتي المشهود له باثني عشر رجلا. كيفما اتفق من اجتماع أو افتراق - إلى عدل منتصب للشهادة فيؤدون شهادتهم عنده، فيكتب رسم الاسترعاء على حسب شهادتهم، ويضع أسماءهم عقب تاريخه، ثم يكتب رسما آخر أسفل الرسم نفسه ثم يضع عدلان إمضاءهما في أسفل الرسم الثاني»[149].

وقد تضاربت مواقف الفقهاء بشأن شهادة اللفيف، فمنهم من رفضها رفضا قاطعا بدعوى أنها مخالفة للقواعد الشرعية، وإن كان أغلبهم قد قبلها للضرورة، تماما كشهادة الصبيان بعضهم على بعض وشهادة النساء، فيما بينهن إن لم يكن من بينهم رجال[150].

ولقد تطورت شهادة اللفيف تطورا منقطع النظير قبل أن تستقر على وضعها الحالي، ففي بعض الفترات لم يعمل بشهادة اللفيف، إلا في حقل الأموال وحده قبل أن تنتقل إلى غيره من المجالات غير المالية الأخرى.

---

148 - العيدي، م.س، ص. 495.

ومن ضمن ما اعتمد عليه الباحث هنا: تحفة أكياس الناس في شرح عمل فاس، الجزء الثاني، ص. 194.

149 - العيدي، م.س، ص. 497.

وللتوسع حول الفكرة انظر:

- عبد السلام العسري، نظرية الضرورة والحاجة في المذهب المالكي وتطبيقها على شهادة غير العدول، مجلة دار الحديث الحسنية، العدد 4، ص. 253 وما بعدها.

150 - العيدي، م.س، ص. 498.

ويأخذ ابن رشد في فتاويه بشهادة اللفيف، حيث جاء في فتوى بخصوص من طلق زوجته ثلاثا وادعى أنها تزوجت برجل آخر ودخل بها دخولا شرعيا ما يلي:

"- لا تقر مع الزوج الأول ولا يثبت نكاحه معها إلا أن يثبت بناء الزوج الثاني بشهادة شاهدين عدلين أو يكون ذلك أمرا معروفا فاشيا مشتهرا بالسماع من لفيف الرجال والنساء وإن لم تعرف عدالتهم...".

- أبو الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي المالكي، فتاوى ابن رشد، السفر الأول، دار الغرب الإسلامي، بيروت لبنان، 1987، ص. 199.

وبعدما كان عدد اللفيف غير منضبط، استقر في نهاية المطاف على اثني عشر نفرا.

وفي الوقت الراهن، فإن الإثبات في مجال العقارات غير المحفظة (إثبات الحيازة واستمرارها مثلا) وفي مجال الأحوال الشخصية (إثبات الوفاة والفقد والولادة والزواج والطلاق والإضرار بالزوجة مثلا) قد استقر العرف القضائي على أنه قد لا يتم إلا بواسطة اللفيف[151].

ولم يستعمل المشرع في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة مصطلح اللفيف مكتفيا بمصطلح البينة الشرعية[152]، وفي مدونة الأسرة فقد استعمل المشرع المغربي، غالبا مصطلحات مدنية حديثة، من قبيل وسائل الإثبات أو البينة أو الخبرة القضائية، ربما حتى لا يكون هنالك فصل تام بين ما هو شرعي وما هو قانوني.

6 ـ تعارض الراجح والمشهور وما جرى به العمل :

إذا تعارض الراجح مع المشهور؛ أو تعارض الإثنان أو أحدهما مع ماجرى به العمل، ما هو الحكم الأولى بالتطبيق؟ يقول أحد الفقهاء المغاربة الأجلاء:

---

151 - راجع الصفحة 393 وما بعدها من هذا الكتاب.

وبخصوص اللفيف، يراجع مثلا:

- ابراهيم بحماني، القوة الإثباتية لشهادة اللفيف أمام القضاء المدني وآفاقها المستقبلية، بحث منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 146، ص. 41 وما بعدها.

- محمد القدوري، اللفيف ومقوماته في الفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة المحاماة، العدد 21، ص. 70 وما بعدها.

- عبد السلام العسري، شهادة الشهود في الفقه الإسلامي، أطروحة من دار الحديث الحسنية، ص. 234 وما بعدها.

152 - ولعل مما يندرج ضمن مباحث هذا الموضوع ما اصطلح على تسميته الشهادة بالمثلية، وهي نوع من شهادة اللفيف من حيث كونها تعتمده في ستة، وهو نصف النصاب المعلوم، لكن في مقابلة عدل واحد يكمل ذلك النصاب، ومن هنا جاءت تسميتها بالمثلية، أي المماثلة في تقدير عدل واحد يكمل ذلك النصاب، ومن هنا جاءت تسميتها بالمثلية، أي المماثلة في تقدير درجة الاعتبار وهي أيضا نوع من أنواع الاجتهاد القضائي الجاري به العمل لدى الفقهاء ساهمت في إيجاده الضرورات العملية، وهو عمل يدلي في تاريخه إلى فقهاء فاس الذين اعتمدوه إلى جانب اللفيف، يقول أبو الشتاء:

وستة منه كمثل الشاهد   في كل ما يجري بدون زائد

والشهادة بالمثلية ترجح على شهادة اللفيف في حالة تعارضهما، كما أن شهادة العدول ترجح عليهما معا.

ولمزيد من الإيضاح حول هذا الموضوع، انظر :

- نافع غزيل، م.س.

«الراجح هو ما قوي دليله والمشهور هو ما كثر قائله، فالفرق بينه وبين الراجح هو أن كلا منهما له قوة على ما يقابله هو أن الراجح نشأت قوته من الدليل نفسه من غير نظر للقائل به والمشهور نشأت قوته من القائل به فإن اجتمع في قول سبب الرجحان والشهرة لازداد قوة ولاكتفى أحدهما فإن تعارضا بأن كان في المسألة قولان أحدهما راجح والآخر مشهور قدم الراجح، والعمل هو القول الذي حكم به قضاة العدل، فإن تعارض المشهور والراجح مع العمل قدم عليهما وفي ذلك قلت:[153]

إن يكن الدليل قد تقوى — فراجح عندهم يسمى

والقول إن كثر من يقول به — سمي بمشهور عندهم فانتبه

عملا هو الذي به حكم — قضاة الاقتضاء رعيا للحكم

مشهورهم لراجح تعارضا — يقدم الراجح وهو المرتضى

وقدم العمل حيث ما جرى — على سواه مطلقا بلا مراء»[153]

بقيت الإشارة أخيرا إلى أن فقه العمليات من أهم الوسائل التي ساعدت الفقهاء من متأخري المذهب المالكي على تطوير وتطويع الفقه المالكي بالأندلس والمغرب بالاعتماد على المصلحة وعلى العرف غالبا، للتصدي لما استجد من واقعات.

آ- موقف مدونة الأحوال الشخصية الملغاة :

لم يبين المشرع المغربي من خلال نصوص المدونة . وبكيفية صريحة . الحكم الواجب تطبيقه عند تعارض الراجح والمشهور وما جرى به العمل، غير أن هناك بعض النصوص التي يستفاد منها أن على القاضي تقديم المشهور على ما جرى به العمل وتقديم القول الراجح على الإثنين معا.

153 - أبو الشتاء الغازي الشهير بالصنهاجي
كتاب مواهب الخلاق على شرح الشيخ التاودي للامية الزقاق، 1955، مطبعة الأمنية بالرباط، ص 132 وما يليها من الجزء الأول والصفحة 265 وما يليها من الجزء الثاني وانظر كذلك
- أحمد بن محمد الرهوني التطواني، حلي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، تطوان 1346، الجزء الثالث، ص 67 وما بعدها.
- أحمد بن عبد العزيز الهلالي، نور البصر على خطبة المختصر، طبعة حجرية، سنة 1303هـ، ملزم 10، الصفحة 3.

من جهة أولى، فإن المشرع قد وضع ترتيبا، وهذا الترتيب أولى بالاتباع من غيره.

ومن جهة ثانية، فالمدونة نفسها قد أخذت بالراجح عوض ما جرى به العمل، ومن ذلك الاعتداد بالأقراء عوض الأشهر والأخذ باللعان كسبب لنفي النسب عوض تعطيله.

ومن جهة ثالثة، فإن الرجوع إلى الأصول الشرعية يقتضي منا اتباع الترتيب الذي وضعه المشرع، وبالتالي تقديم الراجح على المشهور وتقديم هذا الأخير على ما جرى به العمل.

وعلى الرغم من ذلك، فإن الغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى قد اتبعت الرأي المعاكس. جاء في أحد قراراتها:

«وحيث إن الحكم المطعون فيه استند على ما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك في مسألة القيام بالغبن واستدل على ذلك بنصوص كثيرة منها ما لصاحب العمل المطلق الفاسي وما جرى به العمل من مذهب الإمام مالك، مقدم على المشهور والراجح لقول صاحب العمل المطلق محمد بن أبي القاسم السجلماسي:

وما به العمل دون المشهور — مقدم في الأخذ غير مهجور...

مما كان معه الحكم المطعون فيه لم يخرق قاعدة وجوب القضاء بالراجح أو المشهور أو ما جرى به العمل وإنما طبقت تطبيقا صحيحا...»[154].

وما تبنته الغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى بالاعتماد على تقريرات صاحب العمل الفاسي هو ما أكده العلامة بوشتى الصنهاجي بقوله:

وقدم العمل حيثما جرى — على سواه مطلقا بلامراء

غير أن ما يجب التنبيه إليه في الأخير، هو أن هذا الاجتهاد القضائي الشرعي

154 - قرار شرعي عدد 61 صادر بتاريخ 16 يناير 1982 في الملف الشرعي تحت عدد 58101 (قرار غير منشور).
ولمزيد من الإيضاح حول مفهوم الراجح والمشهور وما جرى به العمل لدى الفقه المالكي، وحول الصعوبة التي تطرح أمام الممارس للتمييز بين هذه المصطلحات، وخاصة في حالة تعدد أقوال الفقهاء، وأخيرا لأخذ نظرة عامة عن مواقف القضاء المغربي، وعلى رأسه المجلس الأعلى من المسألة، انظر :
- محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، م.س، ص. 43 وما بعدها.
- محمد البشيري، مناقشة المطالب النسائية الهادفة إلى تغيير مدونة الأحوال الشخصية، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء سنة 1995، الجزء الأول، ص 329 وما يليها.

المجلس الأعلى، يتعلق بعلاقة مالية تتصل بالدين، وهي من ثمة لا تدخل في مجال الأحوال الشخصية، وقد أشرنا إليه من أجل الاستئناس به، في غياب اجتهاد قضائي يتصل بالموضوع.

ثانيا- الاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف :

تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على أنه في غياب النص الواجب التطبيق في مدونة الأسرة، يجب الرجوع مباشرة إلى المذهب المالكي « **والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف** ».

ونستنتج من قراءة جد متأنية لمقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة ما يلي:

1 ـ لا يمكن أبدا الرجوع إلى الفقه المالكي والاجتهاد الذي جعل له المشرع معايير خاصة في الحالة التي تكون فيها المسألة موضوع النظر أمام القضاء قد حسمت بنص في مدونة الأسرة.

وهكذا، مثلا فقد جاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالجديدة أن الطفل خلال السنتين الأوليتين من عمره يسكن في حجر أمه، وبالتالي فإن مقابل السكنى لا يجب له إلا بعد دخوله في السنة الثالثة من عمره[155]، حيادا عن مقتضيات المادة 168 من مدونة الأسرة التي جاءت مطلقة. وجاء في قرار للمجلس الأعلى أن المطلقة التي تثبت لها حضانة بنتها تسقط حضانتها تلقائيا بزواجها من رجل آخر وللأب المحضونة أن يأخذ بنته دون مراجعة القضاء، مع العلم أن ثبوت الحضانة وإسقاطها لا تتم، إلا بحكم يصدر عن القضاء، لا بالاعتماد على نظرية الظفر التي صاغها الشيخ خليل والتي، لا تنسجم مطلقا مع النظام الدستوري والقضائي الحالي السائد في المملكة المغربية[156].

2 ـ لا يمكن أبدا اعتماد آراء وأقوال فقهية تتعارض ومبادئ العدل والمساواة التي كرستها مدونة الأسرة، ومن ذلك الأحكام المتعلقة بالرقيق[157]، وتلك التي تميز بين المرأة الشريفة والمرأة الدنيئة، وتلك التي تميز بين الأبيض والأسود، مع ترتيب آثار قانونية على ذلك التمييز لا يقبلها منطق العصر اليوم بأي وجه من الوجوه.

فالفقه، وخاصة عندما يبتعد عن كتاب الله وسنة رسوله، ويعتمد مجرد العرف والمصلحة يجب أن يتعقل لا أن ينقل نقلا بعينين مغمضتين.

3 ـ ماذا يقصد المشرع بالعبارات المضافة إلى الفقه المالكي في المادة 400 من مدونة الأسرة؟

إن تحليل العبارات أعلاه يدفعنا إلى القول إن القاضي وهو يجتهد في إطار الفقه المالكي، عليه أن يراعي قيم الإسلام من خلال البحث عن:

---

155 - محكمة الاستئناف بالجديدة قرار 18 يناير 2005، منشور بمجلة الملف، العدد السادس، ص. 286 وما بعدها.

وقد اعتمدت هذه المحكمة على قول المتحف:

وليس للرضيع سكنى بالقضا على أبيه والرضاع ما انقضى

غير أن هذا الموقف الفقهي لا يمكن تطبيقه لوجود نص في المدونة أوجب السكنى على الأب دون تمييز، إذ جاء في مطلعها:

«تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة وأجرة الحضانة وغيرهما...».

وانظر من أجل التوسع حول الموضوع:

- عبد المجيد الكتاني: تعليق على قرار محكمة الاستئناف الصادر في 18 يناير 2005، منشور بمجلة الملف، العدد 7، ص. 217 وما بعدها.

156 - جاء في هذا القرار:

«...إن المطلوبة لما تزوجت بأجنبي، فإنها تكون قد أسقطت حقها في الحضانة طبقا للفصل 105 من مدونة الأحوال الشخصية الذي ينص على أن زواج الحاضنة بغير قريب محرم من المحضون أو وصي عليه يسقط حضانتها ومن ثم فإن الأب لما بادر إلى أخذ المحضونة، فإنه يكون قد استعمل حقه قبل مرور السنة التي نص عليها الفصل 106 من مدونة الأحوال الشخصية الذي يقول: إن سكوت من له الحق في الحضانة مدة سنة بعد علمه بالدخول يسقط حضانته، ولو كان قد توصل إلى حقه بدون دعوى لأن الأصل أن من قدر على شيء فله أخذه، كما يقول الشيخ خليل، من قدر على شيء فله أخذه إن يكن غير عقوبة وأمن فتنة ورذيلة، وهذه المسألة تعرف عند الفقهاء بمسألة الظفر، بمعنى أن الإنسان إذا كان له حق عند غيره وقدر على أخذه، فإنه يجوز له أخذ ذلك منه وهذا ما قام به الطاعن عندما أخذ حقه قبل مرور سنة باعتبار أن المطلوبة قد أسقطت حقها باختيارها...».

- قرار صادر عن المجلس الأعلى - الغرفة الشرعية - بتاريخ 28 يوليوز 2004، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 62، ص. 123 وما بعدها.

فهذا القرار، وإن نشأت وقائعه في إطار قانون الأحوال الشخصية الملغى، فهو قد صدر بعد دخول مدونة الأسرة إلى حيز التنفيذ التي جعلت الحضانة مسألة تتم تحت إشراف القضاء الذي يتوخى دائما المصلحة الفضلى للمحضون.

ثم إن هذا القرار، وقد سمح لشخص بأن يأخذ حقه بيده، يكون قد هدم دور السلطة القضائية في المجتمع، بل ودور الدولة ككل.

157 - ومن الملاحظ أن المجلس الأعلى يرجع بين الفينة والأخرى إلى أحكام فقهية تتعلق بالرقيق، انظر مثلا:

- قرار المجلس الأعلى صادر بتاريخ 31 أكتوبر 1967، منشور ضمن قرارات المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، 1962-1995، ص. 7.

أ- العدل:

والعدل قيمة معنوية تفيد الإنصاف، أي إعطاء كل ذي حق حقه من الزوجين دون زيادة أو نقصان.

والعدل في اللغة ضد الظلم والجور[158]، وهو من الواجبات الإلاهية بدليل قوله تعالى: ﴿إن الله يأمر بالعدل والإحسان﴾[159].

والعدل من صفات الله الحسنى.

جاء في كتاب الموافقات للشاطبي:

«العدل أساس تطبيق المقاصد الشرعية، وبدونه تفوت المصالح أو تختل»[160].

على أن العبارة أعلاه إذا كانت موجهة لقضاء الأسرة، فمن المفروض فيه – أي القضاء – أن يكون كذلك وإلا ما استحق تلك الصفة[161].

ب- المساواة:

والمساواة مظهر من مظاهر العدالة، وهي نهج تبنته مدونة الأسرة انطلاقا من قول رسول الله ﷺ: «إنما النساء شقائق الرجال»[162] في الأحكام وانطلاقا من

---

158 - يقال عدل في أمره عدلا وعدالة ومعدلة ومعدلة: استقام.

عدل في حكمه: حكم بالعدل.

عدل عدالة وعدولة: كان عدلا.

اعتدل: استقام.

ومن ذلك: العدل الإنصاف وهو ضد الجور.

- سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، دار الفكر بدمشق سوريا، ص. 243 و244.

159 - جزء من الآية 90 من سورة النحل.

وبالإضافة إلى ذلك فإن العدالة شرط أساسي في تولية القضاء عند الفقهاء، جاء في تحفة ابن عاصم الغرناطي:

منفذ بالشرع للأحكام	له نيابة عن الإمام
واستحسنت في حقه الجزالة	وشرطه التكليف والعدالة

160 - نفس المرجع، المجلد الثالث، ص. 9.

161 - انظر في هذا الصدد مثلا الباب الذي خصصه ابن فرحون للموضوع تحت عنوان «في فضل القضاء والترغيب في القيام فيه بالعدل»،

- نفس المرجع، الجزء الأول، ص. 9 وما بعدها.

162 - رواه أبو داود والترمذي والدارمي وأحمد بن حنبل.

العديد من الاتفاقيات الدولية التي صادق عليها المغرب والتي تهم العلاقة بين الأزواج[163].

ومن الملاحظ أن المشرع قد تبنى قاعدة المساواة بين الرجال والنساء عموما والأزواج على وجه الخصوص، على ما يتضح أولا من المادة 4 وثانيا من المادة 400 أي في بداية مدونة الأسرة، وفي آخرها، بالإضافة إلى العديد من التطبيقات ما لم يكن هنالك نص قطعي يقضي بخلاف ذلك، كما هو الحال بالنسبة للنفقة الواجبة على الزوج وبالنسبة لبعض أحكام الميراث التي تجعل للذكر مثل حظ الأنثيين.

وقد ذهب المشرع بعيدا في هذا الصدد عندما جعل هذه المساواة قاعدة دستورية تهم جميع مظاهر الحياة داخل الدولة[164].

ج- المعاشرة بالمعروف:

وهي أساس حياة زوجية ناجحة ومستقرة، وهي أساس شرعي تم النص عليه.

وللقول بهذه المساواة يعتمد الباحثون عادة على العديد من الآيات القرآنية الكريمة، ومن ذلك:

﴿والمومنون والمومنات بعضهم أولياء بعض، يامرون بالمعروف وينهون عن المنكر، ويقيمون الصلاة ويوتون الزكاة ويطيعون الله ورسوله، أولئك سيرحمهم الله إن الله عزيز حكيم﴾.

الآية 71 من سورة التوبة.

﴿إن المسلمين والمسلمات والمومنين والمومنات والقانتين والقانتات، والصادقين والصادقات، والصابرين والصابرات، والخاشعين والخاشعات، والمتصدقين والمتصدقات والصائمين والصائمات والحافظين فروجهم والحافظات والذاكرين الله كثيرا والذاكرات أعد الله لهم مغفرة وأجرا عظيما﴾.

الآية 35 من سورة الأحزاب.

انظر بشأن البعد المقاصدي لهذه الآيات:

- د. إدريس حمادي، البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة، إفريقيا والشرق، الدار البيضاء، 2005، ص. 96 وما بعدها.

163 - ومن ذلك مثلا المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن هيئة الأمم المتحدة سنة 1948 والمادة 16 من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة والصادرة عن هيئة الأمم المتحدة سنة 1979.

164 - ينص الفصل 19 من الدستور:

«يتمتع الرجل والمرأة، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها».

والمقصود بثوابت المملكة المشار إليها في الفصل 19 عقيدتها الإسلامية.

بصيغة الوجوب ... أكثر من مرة في كتاب الله تعالى[165]، وجعلته مدونة الأسرة من أبرز الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين (المادة 51).

والمعاشرة بالمعروف تقتضي من ضمن ما تقتضيه تبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة والابتعاد عن كل قول أو فعل لا يصدر إلا عن ... ولهذا اعتبرت المادة 51 من مدونة الأسرة المعاشرة بالمعروف أثرا لعقد الزواج.

وقد تحدث المشرع عن تحقيق مراعاة قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف ومعناه أن هذه العناصر يجب البحث عن مدلولها في الإطار الشرعي عموما والفقه المالكي على وجه الخصوص، ومن ثمة فإن إعمالها – في نظرنا – يخضع لرقابة محكمة النقض[166].

ثالثا- إحالة مدونة الأسرة على العرف :

يقصد بالعرف في اللغة الشيء المعروف المألوف المستحسن[167]. وللفظ معان متعددة تدور حول هذا المعنى العام، وهي تختلف باختلاف تركيبها وموقعها في سياق الكلام[168].

ومن الناحية الاصطلاحية الفقهية الصرفة، فالعرف كقاعدة هو ما استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول[169].

---

165 - يقول الله تعالى في كتابه العزيز: ﴿وعاشروهن بالمعروف﴾. الآية 19 من سورة النساء.
قال القرطبي بصدد شرح هذه الآية:
«وعاشروهن بالمعروف» أي على ما أمر الله به من حسن المعاشرة. والخطاب للجميع، إذ لكل أحد عشرة، زوجا كان أو وليا؛ ولكن المراد بهذا الأمر في الأغلب الأزواج وهو مثل قوله تعالى: ﴿فإمساك بمعروف...﴾.
مختصر تفسير القرطبي، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت - لبنان، 2001، ص. 478.

166 - وللمزيد من الإيضاح حول الاجتهاد في إطار مدونة الأسرة انطلاقا من أحكام الشريعة الإسلامية، انظر: إدريس حمادي، البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة، إفريقيا الشرق، الدار البيضاء، 2005، ص. 29 وما بعدها.

167 - جاء في لسان العرب لابن منظور: [illegible] العرف والعارفة والمعروف واحد: ضد النكر، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتبسأ به وتطمئن إليه. [illegible] وقوله تعالى: ﴿وصاحبهما في الدنيا معروفا﴾، أي مصاحبا معروفا، قال الزجاج: المعروف [illegible] ص 2582 و2583.

168 - عمر الجيدي، م.س، ص 29.

169 - ينسب هذا التعريف إلى الجرجاني [illegible]

وهو ينقسم إلى عرف قولي وعرف فعلي أو عملي.

ومن المجمع عليه فقها أن العرف مصدر من مصادر التشريع الإسلامي[170]. يقول

- عمر الجيدي، م.س، ص 31.

والعرف ما يعرف بين الناس ... ومثلـه العادة دون بـاس
ومقتضاهما معـا مشروع ... في غير مـا خالفه المشروع

170 - ومن الملاحظ أن الإمام مالك قد بنى الكثير من اجتهاداته على العرف ومن ذلك:
«إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول أن القول قول الزوج مع أن الأصل عدم القبض. قال القاضي إسماعيل: هذه كانت عادتهم بالمدينة، أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض جميع صداقها، واليوم عادتنا على خلاف ذلك. فالقول قول المرأة مع يمينها لأجل اختلاف العوائد».
- عبد المجيد الكتاني، مبدأ تقديم ما جرى به العمل على المشهور، م.س، ص. 69.
ومنها ما وقع في المدونة: إذا قال الرجل لامرأته: أنت علي حرام أو خلية أو برية أو وهبتك إلى أهلك، يلزمه الطلاق الثلاث في المدخول بها ولا تنفعه النية أنه أراد أقل من ثلاث، ثم يذكر أن الإمام مالك إنما أفتى بلزوم طلاق الثلاث في هذه الألفاظ لأنه في زمنه كان قد نقلها العرف عما وضعت إليه من الإخبار عن أنها حرام إلى ثلاثة أمور هي: إزالة العصمة، والعدد الثلاث، والإنشاء لأن ألفاظ الطلاق إذا لم تكن إنشاء أو يراد بها الإنشاء لا تزيل عصمته البتة».
- أوردها د. إدريس حمادي في مؤلفه حول البعد المقاصدي وإصلاح مدونة الأسرة، م.س، ص. 64 و65.
وفي هذا الصدد يقول الفقيه المالكي الكبير القرافي في كتاب الفروق بصدد وجوب أخذ العرف بعين الاعتبار في الفتوى وفي القضاء:
«فمهما تجدد العرف اعتبره، ومهما سقط أسقطه، ولا تجمد على المسطور في الكتب طول عمرك، بل إذا جاءك رجل من غير أهل إقليمك يستفتيك لا تجره على عرف بلدك، واسأله عن عرف بلده وأجره عليه، وأفته به دون عرف بلدك والمقرر في كتبك. فهذا هو الحق الواضح، والجمود على المنقولات أبدا ضلال في الدين، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين...».
- الجزء الأول ص 176 في الفرق 28.
ويقول الإمام الشاطبي في الموافقات :
«... لما قطعنا بأن الشارع جاء باعتبار المصالح لزم القطع بأنه لابد من اعتبار العوائد».
- الجزء الثاني، ص 282.
ولمزيد من الإيضاح، انظر :
في النوازل الكبرى للمهدي الوزاني، هناك العديد من الفتاوى المبنية على العرف، انظر مثلا:
- الجزء الثالث، حيث توجد نوازل النكاح، م.س، ص. 239 وما يليها.
- جاسم علي سالم، العرف في القانون الخاص لدولة الإمارات العربية المتحدة، مقال منشور بمجلة الحقوق، يونيو 1995، ص 209 وما بعدها.
وانظر كذلك :
- سمير عالية، العرف في الفقه الاسلامي، المجلة المغربية للفقه والقضاء، العدد 3، ص 13 وما بعدها.
- عجيل جاسم النشمي، المستشرقون والمصادر المادية في التشريع الاسلامي، مجلة الحقوق الكويتية، السنة السابعة، العدد الأول.
- أحمد بن علي المباركي، العرف وأثره في الشريعة والقانون، المملكة العربية السعودية، ط. 1996، ص 109 وما بعدها.

ابن العربي في هذا الصدد:

«وما جرى به العرف فهو كالشرط حسبما بيناه في أصول الفقه من أن العرف والعادة أصل من أصول الشريعة يقضى به في الأحكام»[171].

ورغم أن المشرع المغربي قد أحال فيما لا يوجد بشأنه نص في مدونة الأسرة على مذهب الإمام مالك، فإنه قد أحال كذلك في الكثير من النصوص الخاصة على الأعراف المحلية، مع العلم أن العرف معتمد في ذلك المذهب على نطاق واسع، على ما سبق بيانه.

وقد رجع المشرع المغربي إلى العرف بالخصوص في المواد 5 و 189 و 205 من مدونة الأسرة، مع استعماله أحيانا لمصطلح المعتاد، كما فعل في المادة 34. ومن البديهي أن العرف لا يعمل به في هذا المجال متى خالف قاعدة شرعية، ومن ذلك ما قرره المجلس الأعلى من أن : «العرف الذي يحرم المرأة من الإرث لا يعمل به...» على المستوى القضائي[172].

وبخلاف العمل الذي يجد مصدره في فتوى العلماء وفي أحكام القضاء، فإن العرف هو قانون ينبثق من المجتمع مباشرة بعد استقراره كعادة تستمر لمدة طويلة، وتحتاج من ثمة لعنصر معنوي لكي تستقر كعرف ملزم.

يقول المهدي الوزاني :

«العرف هو العادة، والعمل هو حكم القضاة بالقول وتواطؤهم عليه»[173].

وقد كتب الإمام ابن قيم الجوزية رحمة الله عليه فصلا مطولا في تغيير الفتوى واختلافها بحسب تغير الأمكنة والأزمنة والأحوال والنيات والعوائد، كما أبرز الحكمة من تغيير الفتوى بتغيير الأحوال.

أعلام الموقعين، الجزء الثالث ص. 3 وما بعدها وص. 41 وما يليها.

وما كتبه هذا الفقيه الحنبلي لا يخرج كقاعدة عما أصله الإمام القرافي قبله من أحكام وقواعد متعلقة بمراعاة المفتي في فتواه أعراف الزمان والمكان اللذين تعلقت بهما الواقعة المفتى فيها.

والنظر من أجل التوسع :

محمد رياض، م.س، ص. 236 و 237.

171 - أحكام القرآن، الجزء الرابع، ص. 1840.

172 - قرار رقم 481 الصادر في 4 دجنبر 1979، ملف شرعي تحت عدد 54230 (غير منشور).

وقد تم الطعن في حكم قضائي صادر في عهد الحماية سبق له أن طبق العرف أعلاه، وقد قرر المجلس الأعلى بأن هذا الحكم قد حاز قوة الشيء المقضي به، لأنه صدر عن محكمة معترف بها قانونا في وقتها.

- قرار رقم 512 الصادر في 18 دجنبر 1979، ملف شرعي تحت عدد 51925 (غير منشور).

- انظر كذلك قرار 24 أبريل 1968، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 4، ص. 4 وما يليها.

173 - تحفة أكياس الناس بشرح عمليات فاس، طبعة حجرية، فاس، الجزء الأول، ص 5.

غير أن المجلس الأعلى . وخاصة الغرفة الشرعية به . كثيرا ما يقف في وجه تطبيق العرف لصالح القواعد الشرعية. جاء في أحد قراراته:

«... إن المحكمة أعرضت عن مقتضيات الفقه في الموضوع وهي فاصلة وواضحة ويجب الاحتكام إليها ولا يجوز استبعادها والتيه مع العادات...»[174].

رابعا ـ التداخل والتضارب بين قانون الالتزامات والعقود ومدونة الأسرة :

من مميزات قانون الالتزامات والعقود الصادر بظهير 12 غشت 1913 أن نصوصه تتضمن أحكاما عديدة تنتمي إلى مجالات قانونية أخرى، ومنها ما يتصل بالأحوال الشخصية عموما والعلاقات الأسرية على وجه الخصوص، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

ولعل مما يثير الانتباه في هذا الصدد، أن بعض نصوص قانون الالتزامات والعقود مثلا تتناقض في بعض جوانبها مع نصوص أخرى مضمنة بمدونة الأسرة، ومن ذلك ما يلي مثلا:

أ ـ الفصل 11 من قانون الالتزامات والعقود الذي يفرض على النائب الشرعي للقاصر وسواء أكان وليا أو وصيا أو مقدما، الحصول على إذن صريح من القاضي المكلف بشؤون القاصرين لإجراء بعض التصرفات القانونية الخاصة بأموال القاصر، بخلاف المادتين 240 و 271 من مدونة الأسرة اللتين تستثنيان من ذلك إذن الولي الشرعي تمشيا مع أحكام الفقه المالكي الذي يجعل تصرفات هذا الأخير نيابة عن ابنه القاصر محمولة كقاعدة عامة على الصلاح والسداد[175]، مع العلم أن مصطلح الولي في

---

174 - قرار المجلس الأعلى الصادر في 20 يونيو 1983، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 133 و134، ص. 91 وما بعدها.

- راجع حول هذا الموضوع محمد الكشبور، «رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية»، مرجع سابق، ص 139 وما بعدها.

- وراجع للمزيد من التفاصيل حول العرف بالمغرب بصفة عامة، وفي مجال العلاقات الزوجية بصفة خاصة:

— Mourad Bousseta, "La coutume en droit marocain. (Aspects historiques et contemporains)". thèse, université de Lille II, 1992.

175 - جاء في تحفة ابن عاصم الغرناطي:

أب على بنيه في وثاق ... حجر له يبيح بالإطلاق

وفعله على السداد يحمل ... وحيث لا رد ابنه ما يفعل

مدونة الأسرة ينصرف إلى الأب والأم والقاضي، بالكيفية التي حددتها المادتان 230 و231 منها[176].

ب - الفصل 4 من قانون الالتزامات والعقود يجعل تصرفات القاصر العوضية قابلة للإبطال، بينما يجعلها البند الثالث من المادة 225 من مدونة الأسرة موقوفة فقط على إجازة النائب الشرعي حسب المصلحة الراجحة، وشتان بين الحكمين من حيث آثارهما القانونية.

ج - لقد سبقت الإشارة إلى التعارض الواضح بين الفصل 229 من قانون الالتزامات والعقود والمادة 329 من مدونة الأسرة. وقد رجحنا هذه المادة الأخيرة لاعتبارات سبق توضيحها.

د - ومن ناحية المصطلحات القانونية، فإن قانون الالتزامات والعقود قد اعتمد نظرية البطلان والإبطال، بينما اعتمد قانون الأسرة نظرية الفساد المعروفة في الفقه الإسلامي إلى جانب نظرية البطلان[177] بالإضافة إلى اعتماده لنظرية العقد الموقوف.

خامسا - الترجيح بين أحكام قانون الالتزامت والعقود ومدونة الأسرة :

إن إعمال قواعد الترجيح بين قانون الالتزامات والعقود ونصوص مدونة الأسرة ستكون حالة التعارض بينهما لا محالة لمصلحة هذا القانون الأخير، للأسباب القانونية الآتي بيانها:

أ - إن النص المضمن في مدونة الأسرة هو نص خاص، والنص المضمن بقانون الالتزامات والعقود هو نص عام، والمبدأ أن الخاص يقيد العام حالة التعارض بينهما.

---

176 - فقد جاء في مطلع المادة 230 من مدونة الأسرة:

"يقصد بالنائب الشرعي في هذا الكتاب:

1 - الولي والأم والقاضي".

وجاء في مطلع المادة 231 من نفس المدونة:

"صاحب النيابة الشرعية:

- الأب الراشد

- الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته".

177 - راجع بالنسبة لبطلان عقد الزواج المادتين 57 و58.

- وراجع بالنسبة لفساد عقد الزواج المواد من 59 إلى 64.

ب - إن قانون الالتزامات والعقود هو قانون سابق إذ وضع بظهير 12 غشت 1913، وقانون الأسرة هو قانون لاحق عليه إذ لم ير النور إلا في سنة 2004، والمبدأ القانوني الذي يعول عليه هو أن النص اللاحق يلغي السابق عند التعارض بينهما[178].

ج - إن قانون الالتزامات والعقود قد وضع لكي يطبق بالأساس على الفرنسيين والأجانب، وقد مدد المشرع تطبيقه إلى العنصر المغربي سنة 1965، إلا أنه لم يراجعه قبل أن يقوم بذلك التمديد[179]. وهذه من الممارسات التشريعية السلبية السائدة

---

178 - لأخذ فكرة عن هذا المبدأ يرجع إلى كتب المدخل لدراسة القانون، وخاصة الأبواب المتعلقة بإلغاء القانون.

179 - من الأبحاث الفقهية التي أشارت إلى هذا التضارب، انظر :

— Moussa Abdoud. La condition juridique du mineur au Maroc. La Porte. 1968. p. 21 et suiv.

- أستاذنا أحمد الخميلشي، كيف نقرأ ظهير الالتزامات والعقود؟ مقال منشور بالمجلة المغربية لقانون واقتصاد التنمية، العدد 7، ص 7 وما بعدها.

- راجع العرض الذي ألقيناه بكلية الحقوق بمدينة مراكش، يوم 23 أبريل 1990 تكريما للأستاذ إبراهيم الهلالي والذي يحمل العنوان الآتي:

«قانون الالتزامات والعقود ومدونة الأحوال الشخصية، التداخل والتضارب»، منشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 16، ص. 119 وما بعدها.

- محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، م.س، ص. 64.

وتطبيقا للمبادئ أعلاه، جاء في قرار للمجلس الأعلى بصدد الفصلين 11 من قانون الالتزامات والعقود والفصل 158 من مدونة الأحوال الشخصية :

«... إن الولاية والأهلية للفرد تخضع لقانون أحواله الشخصية كما جاء في الفصل الثالث من قانون الالتزامات والعقود، والقانون الذي يحكم النيابة الشرعية للمغاربة المسلمين، هو قانون مدونة الأحوال الشخصية الذي نص في فصله 149، أن للأب الولاية على شخص القاصر وعلى أمواله... إلخ، كما جاء في الباب السادس المتعلق بالتصرفات المستوجبة، لا يجوز للوصي ولا للمقدم أن يباشر التصرفات الآتية إلا بإذن القاضي: أولا التصرف في عقار القاصر بالبيع أو الشراء أو الشركة أو الإقراض أو الرهن أو القسمة... إلخ، وهذه الأخيرة . القسمة . هي موضوع النازلة، وقد نص عليها صراحة أن الذي يتوقف فيها على إذن القاضي هو الوصي والمقدم، دون الأب الذي له الولاية العامة...».

- قرار 14 ماي 1991، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 45، ص. 108 وما بعدها.

مع ملاحظة أساسية هي أن الفصل 158 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة قد عوض حاليا بالمادة 271 من مدونة الأسرة.

انظر كذلك:

- قرار صادر عن الغرفة المدنية بالمجلس الأعلى بتاريخ 25 يناير 2006، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 67، ص. 42 وما بعدها.

- ولمزيد من الإيضاح حول الموضوع، انظر :

- محمد الكشبور، التعليق على قرار المجلس الأعلى أعلاه، منشور بمجلة المحامي، العددان 25 و 26، ص. 167 وما بعدها.

عندنا، غير أن ترجيح القواعد المضمنة في مدونة الأسرة على القواعد المضمنة في قانون الالتزامات والعقود على مستوى التطبيق العملي، يفرض أن يكون النزاع متصلا بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية، وليس من المسائل المدنية الأخرى.

وهكذا، فإن عقد البيع أو عقد القرض أو عقد الشركة أو عقد الكراء، أو عقد العمل الذي يبرم بين الزوج وزوجته، إنما يخضع لقانون الالتزامات والعقود أو مدونة التجارة أو مدونة الشغل حسب الأحوال، وليس لمدونة الأسرة. وهذه مسألة قانونية من المفروض أن تراقبها محكمة النقض.

ورغم ذلك، فإننا نفضل تدخلا سريعا من المشرع بهدف إزالة هذه الشوائب التي تبدو بسيطة، لكنها تضعف عمليا من التناسق بين النصوص التشريعية المغربية من حيث إنها تشوش على الممارس وعلى الباحث في ذات الوقت، وكل من له ضعف يلابس ملكته القانونية.

فقرة رابعة ـ قانون الأسرة ونظام الحالة المدنية

أولا ـ تعريف وإيضاح:

يرتبط قانون الحالة المدنية بالأحوال الشخصية للأفراد من أكثر من وجه.

الحالة المدنية التي نقصدها في مجالنا هذا هي عبارة عن نظام إداري يؤرخ لبعض الوقائع الهامة في حياة الفرد من حيث الزمان ومن حيث المكان، ومن ذلك الولادة والوفاة والزواج والطلاق، إضافة إلى ضبط الإسم الشخصي والعائلي للفرد[180]. وهو من هذه الناحية، قد يوفر للسلطة العامة إمكانية ضبط الأوضاع الاجتماعية مثلا، وخدمة الأوضاع الاقتصادية، وتلبية الحاجيات الإدارية للمواطنين، بل والأجانب كذلك.

وحسب المادة الأولى من القانون رقم 99 ـ 37 [181] بشأن الحالة المدنية:

«يقصد بعبارة الحالة المدنية في هذا القانون وفي النصوص التنظيمية الصادرة لتطبيقه نظام يقوم على تسجيل وترسيم الوقائع المدنية الأساسية للأفراد من ولادة ووفاة وزواج وطلاق، وضبط جميع البيانات المتعلقة بها من حيث نوعها وتاريخ ومكان حدوثها في سجلات الحالة المدنية.

يقوم ضابط الحالة المدنية المختص بتحرير رسم مستقل لكل من واقعتي الولادة والوفاة وبيان هامشي للزواج والطلاق. ويحدد شكل الرسم بمقتضى نص تنظيمي»[182].

وقد نظم المشرع المغربي، إضافة إلى هذا النص الذي يحدد مجال تطبيق مقتضيات قانون الحالة المدنية . أحكام كل من الإسم العائلي (المادة 20) والإسم الشخصي (المادة 21).

ونؤكد أن نظام الحالة المدنية، إذا ما ضبط وعمم واعتمدت بصدده المعلومات بكيفية دقيقة وسليمة قد يغنينا عن الإحصاء العام للسكان الذي تلجأ إليه الدولة بين الفينة والأخرى، وتجند له طاقات بشرية وأموال لا تعد ولا تحصى.

والمغرب . وهو بلد إسلامي . لم يعرف نظام الحالة المدنية في شكله العصري الحديث إلا بعد خضوعه للحماية الفرنسية بداية من 30 مارس 1912، وإن كانت فكرته وتطبيقاته غير غائبة عنه، ومن ذلك ما يتعلق بالأسماء وبإثبات الزواج والطلاق والولادة والوفاة[183].

ومن الواضح جدا أن سلطات الحماية الفرنسية قد عملت على إدخال نظام الحالة المدنية في شكله الحديث إلى المغرب خدمة للفرنسيين والأجانب. ومما يؤكد ذلك أن هذا النظام قد اقتصر تطبيقه في بداية الأمر عليهم وحدهم، دون غيرهم من

وانظر في نفس الاتجاه:

- قرار 25 يناير 2006، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 67، ص 42 وما بعدها.

180 - محمد الكشبور، الوسيط، م س، ص 66.

181 - دخل إلى حيز التنفيذ بظهير 24 أبريل 2003.

- ج.ر عدد 5054 بتاريخ 2 رمضان 1423 الموافق 7 نونبر 2002، ص 3150.

182 - للوقوف على تعاريف أخرى للحالة المدنية، انظر:

- حليمة اللطيفي، نظام الحالة المدنية بالمغرب، أطروحة لنيل دكتوراه في القانون الخاص، وحدة القانون المدني، نوقشت بكلية الحقوق التابعة لجامعة الحسن الثاني، عين الشق بالدار البيضاء، 2008–2009، ص 4 وما بعدها.

- محمد ناصر متيوي مشكوري، إثبات وقائع الحالة المدنية في إطار القانون الدولي الخاص المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق التابعة لجامعة محمد بن عبد الله بفاس، 1993–1994، ص 9 وما بعدها.

183 - ذلك أن إثبات ما يتصل بالحالة المدنية للفرد من حيث السن والزواج والطلاق والولادة والوفاة يتم في الفقه الإسلامي عموما، والفقه المالكي . مذهب المغاربة . على وجه الخصوص عن طريق البينة الشرعية، وتتمثل كقاعدة عامة في شهادة رجلين فما فوق، وفي المغرب جرى العمل على إثبات تلك الوقائع بواسطة اللفيف.

الأهالي أصحاب البلد الأصليين[184]، إلى غاية أواخر سنة 1931، وفي حدود ضيقة جدا.

ومن المؤكد كذلك أن نظام الحالة المدنية السائد حاليا في المغرب قد اقتبس المشرع المغربي خطوطه الرئيسية من القانون المدني الفرنسي[185]، وهو لا يتضمن عمليا ما من شأنه أن يتعارض مع القواعد العامة للفقه الإسلامي، وإنما هو مما استدعته مصالح الناس حديثا[186].

ثانيا- نظرة تاريخية :

من الناحية التاريخية، أصدر المشرع المغربي ظهير 13 يوليوز 1913 لينظم بواسطته الولادات والوفيات الخاصة بالفرنسيين والأجانب المتواجدين بمنطقتي القنيطرة والمهدية، وبعد نجاح هذه التجربة الأولية، أصدر المشرع المغربي ظهير 4 شتنبر 1915 جعل بواسطته الخضوع لنظام الحالة المدنية إجباريا بالنسبة للفرنسيين والأجانب في كل المنطقة التي كانت خاضعة للحماية الفرنسية آنذاك. وقد أدخلت على هذا الظهير العديد من التعديلات اللاحقة فيما بعد.

وقد سمح ظهير 2 شتنبر 1931 . وبصفة استثنائية وغير إلزامية . بتمديد نظام الحالة المدنية إلى الأهالي المغاربة في حدود واقعتي الولادة والوفاة. أما واقعتي الزواج والطلاق فقد ظل إثباتهما خاضعا بصفة أساسية لأحكام الفقه المالكي.

---

184 - نص الفصل الأول من ظهير 4 شتنبر 1915، بشأن الحالة المدنية والملغى بواسطة القانون 37.99 على ما يلي:

«تحدث الحالة المدنية في المنطقة الفرنسية من إيالتنا الشريفة، وتكون هذه الحالة جارية على كافة الفرنسيين والأجانب فقط».

185 - الحالة المدنية للأفراد منظمة بفرنسا حاليا ضمن أحكام القانون المدني في المواد من 34 إلى 101 (مع إدخال التعديلات):

— Robert Marquant, "L'état civil et l'état des personnes", Masson, Paris, 1977.

— G. Dugas de la Boissonny, "L'état civil", P.U.F, Paris, 1987.

186 - انظر للتوسع حول الفكرة:

- حسين حامد حسان، نظرية المصلحة في الفقه الإسلامي، مكتبة المتنبي، القاهرة 1981، ص 47 وما بعدها.

ومن أجل التوسع حول المصلحة في الفقه المالكي انظر:

- أبو إسحاق الشاطبي، «الموافقات في أصول الشريعة»، الجزء الأول، دار الكتب العلمية، بيروت (ت.غ.م)، ص 27 وما بعدها، ص 178 وما بعدها.

وكان لابد من انتظار صدور ظهير 8 مارس 1950 لتمديد نظام الحالة المدنية في كل قواعده العامة إلى كل المغاربة، مثلهم في ذلك مثل الفرنسيين والأجانب، في منطقة الحماية الفرنسية[187].

ويعتبر ظهير 4 دجنبر 1963 أول نص تشريعي يمدد نظام الحالة المدنية بالنسبة للمغرب المستقل بأجمعه، مع وجوب الإشارة في هذه الفقرة إلى التغيير الذي جاء به ظهير 30 شتنبر 1976 الخاص بالتنظيم الجماعي للمملكة والذي أسند اختصاص ضباط الحالة المدنية إلى رؤساء المجالس الجماعية من خلال الفصل 45 منه، وهذه المهمة كانت مستندة قبل هذا التاريخ إلى رجال السلطة من باشوات في المدن وقواد بالبوادي.

وفي الوقت الراهن، حلت محل الفصل 45 أعلاه المادة 51 من الميثاق الجماعي الصادر بالقانون 78.00 الذي ألغى الظهير بمثابة قانون الصادر في 30 شتنبر 1976 [188]، كما ألغى المشرع كلا من ظهير 4 شتنبر 1915 وظهير 8 مارس 1950 السالفي الذكر بواسطة القانون 99 ـ 37 المتعلق بالحالة المدنية والذي دخل إلى حيز التنفيذ بظهير 3 أكتوبر 2002 [189].

---

187 - نص الفصل الأول من هذا الظهير على ما يلي:

«أصبح من اللازم على رعايانا الخضوع إلى نظام الحالة المدنية التي كان لهم الاختيار في الاستفادة منها لتقييد مواليدهم ووفياتهم تطبيقا للظهير الشريف، الصادر في 24 شوال 1333، الموافق 4 شتمبر 1915، بيد أن هذا الالتزام لا يكون نافذ المفعول إلا طبق الشروط، وخلال الآجال التي ستعين بقرارات يصدرها وزيرنا الصدر الأعظم».

وقد صدر قرار وزيري بتاريخ 3 أبريل 1950، ليبين كيفية تطبيق ظهير 8 مارس 1950 السالف ذكره.

188 - تنص الفقرة الأولى من المادة 51 من الميثاق الجماعي، الصادر بالقانون 78.00 على ما يلي:

«يعتبر رئيس المجلس الجماعي ضابطا للحالة المدنية، ويمكنه تفويض هذه المهمة إلى النواب كما يمكنه تفويضها أيضا للموظفين الجماعيين طبقا لأحكام القانون المتعلق بالحالة المدنية».

- وراجع لمزيد من التوسع بخصوص مضمون الفقرة أعلاه المادتين 5 و 6 من القانون الجديد المتعلق بالحالة المدنية (القانون رقم 99 . 37).

وبخصوص تفويض المهمة، انظر المادة الأولى والثانية من مرسوم 9 أكتوبر 2002، بشأن تطبيق القانون رقم 37.99.

189 - الجريدة الرسمية عدد 5054، بتاريخ 2 رمضان 1423، (7 نونبر 2002)، ص 3150.

- ولمزيد من الايضاح حول جانب من التطور التاريخي الذي عرفه نظام الحالة المدنية بالمغرب، انظر:

- عمر النافعي، «نظام الحالة المدنية بالمغرب»، إشكال التعميم والضبط، نشر المعرفة، الرباط، 1997، ص 23 وما بعدها.

- محمد الشافعي، الحالة المدنية بالمغرب، مدخل تاريخي للحالة المدنية مع دراسة في القانون رقم 99.37،

يحتوي قانون الحالة المدنية على 48 مادة، ويرتبط به مرسوم تطبيقي صادر في 9 أكتوبر 2002 ويحتوي بدوره على 41 مادة، بالإضافة إلى قرارين لوزير الداخلية صادرين في 24 أبريل 2003[190].

ويخضع كل المغاربة إلى نظام الحالة المدنية. ويسري نفس النظام على الأجانب بخصوص واقعتي الولادة والوفاة اللتين تقعان فوق التراب الوطني (المادة 3).

وبخصوص المغاربة القاطنين خارج وطنهم، فقد نصت الفقرة الأخيرة من المادة 4 من القانون رقم 99-37 المتعلق بالحالة المدنية على ما يلي:

"تحدث بالمراكز الدبلوماسية والقنصلية خارج المغرب مكاتب للحالة المدنية خاصة بالمواطنين المغاربة بالخارج".

ونصت المادة 6 من نفس القانون على أنه:

"تناط مهام ضابط الحالة المدنية بالنسبة للمواطنين المغاربة خارج المملكة بالقناصل والأعوان الدبلوماسيين المنتمين إلى السلك الدبلوماسي المغربي العاملين بالخارج، وذلك طبقا لمقتضيات الفصل الثاني من الظهير الشريف رقم 66-421 الصادر في 8 شعبان 1389 (20 أكتوبر 1969) المتعلق باختصاصات الأعوان الدبلوماسيين والقناصل العاملين بالخارج".

ثالثا- محتوى قانون الحالة المدنية :

إن التمعن في مختلف النصوص التشريعية الخاصة بالحالة المدنية يفيد بكيفية واضحة أن هذا النظام يهدف في الوقت الراهن إلى إشهار الوقائع وتحديد المراكز القانونية الآتية:

1- ترسيم الوقائع المدنية الأساسية للأفراد من :

- ولادة (المادة 16 إلى 19).
- وفاة (المادة 24 إلى 29).
- زواج (المادة 22).

190 - وانظر لمزيد من الإيضاح: سلسلة البحوث القانونية ع 13، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، 2006، ص 17 وما بعدها.
التطبيقي م.س، ص 7 وما بعدها.

- طلاق (المادة 22).

ولا يعتبر إثبات هذه الوقائع دائما حجة قاطعة على ما يستفاد من المادة 2 من القانون رقم 37-99 وقد نصت على أنه:

«تكتسي رسوم الحالة المدنية نفس القوة الإثباتية التي للوثائق الرسمية، مع اعتبار الشروط الشرعية في اثبات النسب والأحوال الشخصية»[191].

وهكذا، فالإثبات في إطار مدونة الأسرة في هذا المجال مرجح على الإثبات الذي يتم بواسطة رسوم الحالة المدنية.

2- ترسيم وتسجيل المراكز القانونية الآتية :

- الإسم العائلي (المادة 20).
- الإسم الشخصي (المادة 21).

وتسجل هذه الوقائع والمراكز القانونية في سجلات الحالة المدنية الممسوكة من طرف ضباط الحالة المدنية.

ونضيف إلى ما تم بيانه إشهار عقد الزواج الذي يبرم بين عنصر مغربي وآخر أجنبي وفقا لظهير 4 مارس 1960 الذي لم يلغ العمل به صراحة بواسطة القانون الجديد المنظم للحالة المدنية والذي جاء في فصله الثاني:

«إن انعقاد النكاح حسب صيغة الحالة المدنية يتوقف مع ذلك كله على سابق الإشهاد به طبق الشروط المنصوص عليها من حيث الجوهر والصيغة في قانون الأحوال الشخصية الجاري على الزواج المغربي. وفي هذا الصدد، يتعين على الزوج المغربي أن يقدم لضابط الحالة المدنية رسم الإشهاد بالنكاح على أن هذا الرسم يجب تسليمه بمجرد تحريره. وعند الاقتضاء إثر الخطاب عليه لينعقد فورا حسب صيغة الحالة المدنية».

وعليه، وقبل التوجه إلى ضابط الحالة المدنية، يجب الإشهاد على عقد الزواج والمخاطبة عليه بالكيفية المحددة حاليا في مدونة الأسرة[192].

191 - ذلك أن إثبات النسب ونفيه يتم بالكيفية المحددة في مدونة الأسرة، على ما سنوضحه لاحقا فيما سيأتي.

192 - راجع المواد من 65 إلى 69 من مدونة الأسرة، وهي مواد سنرجع إليها، إن شاء الله، بتفصيل.

رابعا ـ علاقة نظام الحالة المدنية بمدونة الأسرة :

على الرغم من أن كلا من نظام الحالة المدنية ومدونة الأسرة يختلفان اختلافا جوهريا من حيث مصدرهما، فهناك تكامل واضح بينهما، وهو تكامل ناتج بالأساس من أن كلا منهما قد وضع أساسا لخدمة الأسرة واستقرار أحوالها وضبط أهم الوقائع التي تمر بها والمراكز الشخصية التي تنشأ في إطارها.

فمن خلال نظام الحالة المدنية، نستطيع بكل سهولة ويسر إثبات الحالة المدنية للفرد، ونقف بكل دقة عند أصوله وفروعه، ونتعرف على حدود أهليته من حيث السن بالخصوص، وكلها أمور نحتاج إلى ضبطها في المجال الأسري، وفي مقدمة ذلك ما يتعلق بإبرام عقد الزواج وإيقاع الطلاق أو التطليق.

ولتكريس هذا الترابط الموجود بين قانون الأسرة ونظام الحالة المدنية نشير مثلا إلى ما يلي:

1 ـ على مستوى قانون الأسرة :

تنص المادة 68 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«يسجل نص العقد في السجل المعد لذلك لدى قسم قضاء الأسرة، ويوجه ملخصه إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين مرفقا بشهادة التسليم داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ الخطاب عليه.

غير أنه إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، يوجه الملخص إلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط.

على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين.»

وتنص المادة 141 من نفس القانون على أنه :

«توجه المحكمة ملخص وثيقة الطلاق، أو الرجعة، أو الحكم بالتطليق، أو بفسخ عقد الزواج، أو ببطلانه، إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، مرفقا بشهادة التسليم داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ الإشهاد به، أو من صدور الحكم بالتطليق أو الفسخ أو البطلان.

يجب على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين.

إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، يوجه الملخص إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط...»

2 ـ على مستوى قانون الحالة المدنية :

تنص المادة 22 من قانون الحالة المدنية على أنه :

«يقوم ضابط الحالة المدنية بتضمين البيانات الأساسية لعقد الزواج، مع الإشارة إلى مراجع تضمينه بسجل الأنكحة بالمحكمة التي أقيم بها بطرة رسم ولادة كل من الزوجين وذلك فور توصله بنسخة من عقد الزواج طبقا لمقتضيات الفصل 43 من مدونة الأحوال الشخصية.

ويشير بطرة رسم الولادة إلى البيانات الأساسية لوثيقة الطلاق أو الخلع أو التطليق أو الرجعة أو المراجعة، وكذا إلى مراجعها بمصدرها فور توصله بنسخة من هذه الوثيقة التي تحال عليه وجوبا من طرف القاضي المكلف بالتوثيق أو رئيس مصلحة كتابة الضبط بالمحكمة المصدرة للحكم النهائي بالتطليق أو بفسخ أو ببطلان العقد وذلك حسب الحالات.

يحيل ضابط الحالة المدنية بيان الزواج أو انحلاله المدرج بطرة رسم ولادة الزوجين على وكيل الملك ليضمنه في نظير السجل المحفوظ بالمحكمة كما يحيل عليه لنفس الغاية الإعلام بوفاة أحد الزوجين».

والظاهر من خلال هذه المقتضيات مجتمعة، أن المشرع المغربي يهدف إلى ترسيم وإشهار حالات الزواج والطلاق بكيفية تسمح بتطبيق النصوص المتعلقة بالزواج وبالتعدد وبالعدة وبعدد الطلقات أو التطليقات، دون إمكانية إنكار الأوضاع المتعلقة بها، إضافة إلى التعرف على مراجع وثائق الزواج والطلاق أو التطليق أو الخلع في حالة ضياع تلك الوثائق، مع العلم أن رسوم الحالة المدنية هي عبارة عن وثائق رسمية لا يمكن الطعن فيها إلا بالزور، ما دامت قد حررت من جانب موظف عمومي مختص بتوثيقها[193].

وتأسيسا على ما سبق، نحبذ لو أن المشرع أدمج النصوص المتعلقة بقانون الحالة المدنية في مدونة الأسرة، خدمة للأسرة وتيسيرا للممارسين والدارسين،

193 - المادة 2 من القانون رقم 37.99،
الفقرة الأولى من الفصل 418 من ق.ل.ع.

والمهتمين بالموضوع، فهما يستهدفان معا خدمة واحدة هي المصلحة الأساسية والفضلى للأسرة.

ولعل ما يؤكد هذا الترابط، أن المشرع المغربي نفسه قد نظم المسطرة الخاصة بالتصريحات القضائية المتعلقة بالحالة المدنية وتصحيح وثائقها ضمن المساطر الخاصة بالأحوال الشخصية في قانون المسطرة المدنية (الفصول من 217 إلى 220 من ق.م.م.).

خامسا- دور القضاء الأسري في مجال الحالة المدنية:

يتوزع دور القضاء الأسري في مجال الحالة المدنية بين القانون 97.37 بشأن الحالة المدنية وقانون المسطرة المدنية، ونتوقف فيما يلي وبعجالة عند جوانب من هذا الدور:

1- دور المحكمة :

يلعب قضاء الأسرة دورا أساسيا في مجال الحالة المدنية[194]. ذلك أن المشرع قد أسند له الاختصاص بإصدار أوامره إلى ضباط الحالة المدنية لتقييد مولود أو تسجيل وفاة في الحالة التي ينقضي فيها الأجل القانوني المحدد لتقديم التصريح بذلك مباشرة إلى الضابط المختص، وكذلك بإصداره إلى هذا الأخير أمرا يقضي بإلغاء عقد ازدياد شخص، كلما ثبت أن تقييده قد تم بكيفية مخالفة للقانون[195]، أو أمرا

194 - الفصل الثاني من ظهير التنظيم القضائي الذي أسند الاختصاص بالنظر في قضايا الحالة المدنية إلى قسم قضاء الأسرة.

تنص المادة 30 من القانون رقم 99-37 على ما يلي:

«إذا لم يقع التصريح بالولادة أو الوفاة داخل أجل يحدد بنص تنظيمي، فلا يمكن تسجيل الرسم الخاص بالواقعة إلا بناء على حكم تصريحي بالولادة أو الوفاة تصدره المحكمة الابتدائية المختصة، ويقدم الطلب بذلك من طرف أي شخص له مصلحة مشروعة أو من طرف النيابة العامة.

تختص المحكمة الابتدائية لمحل سكنى طالب التسجيل بالنظر في الطلبات الرامية إلى تسجيل الولادات والوفيات المتعلقة بالمغاربة المولودين أو المتوفين خارج المغرب عند عدم وجود محكمة مختصة».

- انظر الفصلين 217 و218 من ق.م.م.

وحسب المادة 15 من المرسوم التطبيقي للقانون 37.99 والصادر في 9 أكتوبر 2002 :

«يقع التصريح بكل ولادة أو وفاة داخل أجل ثلاثين يوما ابتداء من تاريخ وقوع الولادة أو الوفاة لدى ضابط الحالة المدنية المختص الذي يحرر بناء على ذلك رسما لهذه الواقعة».

195 - تنص الفقرة الثانية من المادة 36 من القانون 37.99 على أنه :

يقضي بتصحيح خطأ مادي[196]، أو أمرا يقضي بتسليم الدفتر العائلي إلى ضابط الحالة المدنية بناء على أمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية المختصة[197]، وهكذا.

وبالإضافة إلى ما سبق بيانه، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة 36 من قانون الحالة المدنية تحت رقم 37 لسنة 1999، على ما يلي:

"تختص بالنظر في الطلبات الرامية إلى تنقيح بيانات رسوم الحالة المدنية باستثناء طلبات استبدال الإسم العائلي، وتصحيح الأسماء الشخصية والعائلية بالحروف اللاتينية أو كتابتها بهذه الحروف إلى جانب الحروف العربية، المحكمة الابتدائية الموجود بدائرة نفوذها مكتب الحالة المدنية المسجل به الرسم المطلوب تنقيحه..".

ومما تجد الإشارة إليه أن تغيير الاسم العائلي لا يتم، إلا بمرسوم: «..الفقرة الأخيرة من المادة 20 من القانون رقم 37-99».

وبخلاف ذلك، يجوز لكل مغربي مسجل بالحالة المدنية أن يطلب تغيير اسمه الشخصي إذا كان له مبرر مقبول، بواسطة حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية المختصة. (الفقرة الأخيرة من المادة 21 من القانون رقم 37-99)[198].

ومن الناحية الإجرائية، فقد نص الفصل 217 من قانون المسطرة المدنية على أنه:

«يمكن لكل شخص له مصلحة مشروعة أو للنيابة العامة أن يطلب من المحكمة الابتدائية إصدار تصريح قضائي بازدياد أو بوفاة لم يسبق تقييده بدفاتر الحالة المدنية».

«تختص نفس المحكمة بالبت في الطلبات الرامية إلى تصحيح الأخطاء الجوهرية التي اعترت رسوم الحالة المدنية».

- انظر الفصل 219 من ق.م.م.

196 - ويصدر هذا الأمر عن رئيس المحكمة متى رفض وكيل الملك منح إذن بذلك، طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 36 من القانون رقم 37_99 وقد جاء فيها ما يلي:

«ويختص وكيل الملك بمنح الإذن في إصلاح الأخطاء المادية العالقة برسوم الحالة المدنية وإذا رفض وكيل الملك إعطاء الإذن، يحق لمن يعنيه الأمر تقديم طلب بذلك إلى رئيس المحكمة».

وقد بينت المادة 37 من القانون رقم 37-99 أعلاه المقصود بالأخطاء المادية.

197 - الفقرة الأخيرة من المادة 23 من القانون رقم 37_99.

198 - انظر حول الموضوع:

- محمد الشافعي، م.س، بنفس الموضع.

وتنظر المحكمة في الطلب المرفوع إليها وفقا لمقتضيات الفصل 218 وما يليه من نفس القانون.

وطبقا للفصل 220 من قانون المسطرة المدنية، تصدر المحكمة الابتدائية أمرا في الموضوع، يقبل الاستئناف أمام محكمة ثاني درجة للتقاضي.

وطبقــا للتعديل الذي عرفه التنظيم القضائي للمملكة بواسطة القانــون رقم 03-73 الذي دخل إلى حيز التنفيذ بظهير 3 فبراير 2004:

«**تنظر أقسام قضاء الأسرة في قضايا الأحوال الشخصية والميراث والحالة المدنية...**»[199].

ونشير في آخر هذه الفقرة، إلى أن جميع الأحكام والأوامر القضائية الصادرة في مادة الحالة المدنية تقبل الطعن بالاستئناف، (المادة 42) ومن ثمة الطعن بالنقض أيضا.

2 – دور النيابة العامة :

يراقب وكلاء الملك بالمحكمة الابتدائية أعمال ضباط الحالة المدنية داخل المملكة وخارجها[200].

ومن أبرز مظاهر هذه الرقابة أن سجلات الحالة المدنية تمسك داخل المملكة في نظيرين وخارج المملكة في ثلاثة نظائر، وهي تخضع قبل استعمالها لإذن وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية المختصة، وتضمن بها رسوم الحالة المدنية، كل سجل حسبما خصص له، كما تبعث نظائر السجلات بعد حصرها خلال الشهر الموالي لانتهاء السنة الميلادية إلى وكيل الملك[201].

199 - الفقرة الثالثة من الفصل الثاني.

وانظر من أجل مزيد من الإيضاح:

- علي العلالي، اختصاص المحكمة في قانون الحالة المدنية الجديد رقم 99-37، بحث منشور بمجلة الملف، العدد 2، ص. 34 وما يليها.

- اللطيفي، م.س، ص. 241 وما يليها.

200 - الفقرة الأولى من المادة 7 من القانون 37.99.

201 - المادة 12 من القانون 37.99.

- وتنص المادة 15 من نفس القانون أعلاه على ما يلي:

«يقوم وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط بالإجراءات التي تخضع لها سجلات الحالة المدنية الممسوكة من

ويضاف إلى ما سبق أن وكيل الملك يراقب السجلات عند إيداعها بالمحكمة، حيث يحرر محضرا بهذه المراقبة يعطي من خلاله الأمر إلى ضابط الحالة المدنية بإصلاح الأخطاء التي لاحظها بشأن مسك السجلات، وتوجه نسخة من هذا المحضر إلى ضابط الحالة المدنية لذات الغاية، كما توجه نسخة منه إلى الوكيل العام للملك بمحكمة الاستئناف[202].

وإذا كانت المحكمة الابتدائية، ممثلة في قسم قضاء الأسرة، هي المختصة بتصحيح الأخطاء المادية العالقة برسوم الحالة المدنية، فإن ذلك مشروط بإذن صادر من وكيل الملك. وفي حالة الرفض فإن لصاحب المصلحة أن يقدم طلبا بذلك إلى رئيس المحكمة[203]. وتطبق هذه القاعدة كذلك بشأن تصحيح الأخطاء المادية العالقة برسوم الحالة المدنية المسجلة بسفارات وقنصليات المملكة المغربية بالخارج، مع وجوب احترام قواعد الاختصاص[204].

وأخيرا، فإن وكيل الملك أو الوكيل العام للملك . حسب الأحوال . هو المختص بالإجراءات اللازمة لمتابعة ضباط الحالة المدنية أو غيرهم من الأعوان الذين تثبت لديه من خلال المراقبة ارتكابهم لأفعال يعاقب عليها القانون الجنائي، كأعمال التزوير مثلا[205].

وهكذا، يتضح لنا أن النيابة العامة ونظرا لأدوارها المتعددة في هذا جزء لا يتجزأ من نظام الحالة المدنية في التشريع المغربي.

سادسا - اتصال نظام الحالة المدنية بجوهر النظام العام:

يتصل نظام الحالة المدنية بصميم النظام العام من عدة أوجه:

طرف المراكز الديبلوماسية والقنصليات المغربية بالخارج قبل استعمالها، وكذا المراقبة التي تمارس عليها بعد انتهاء العمل بها».

202 - الفقرة الأولى من المادة 13 من القانون 37-99.

203 - الفقرة الأخيرة من المادة 36 من القانون 37-99.

204 - الفقرة الأخيرة من المادة 39 من القانون 37-99.

وحول كيفية تصحيح الأخطاء المادية العالقة بالأسماء الشخصية والأسماء العائلية في ظل القانون الملغى انظــــر :

- عمر النافعي، نظام الحالة المدنية بالمغرب، إشكال التعميم والضبط، م.س، ص. 270 وما بعدها.

205 - الفقرة الثانية من المادة 13.

راجع بخصوص المسؤولية الجنائية لضابط الحالة المدنية:

- اللطيفي، م.س، ص. 51 وما بعدها.

1 ـ فمن حيث قواعد الموضوع، فإن هذا النظام في بعده العام يهدف من ضمن ما يهدف إليه إلى تحقيق أهداف اجتماعية وإدارية من خلال قواعد تشريعية هي أقرب إلى القانون العام منها إلى القانون الخاص. ومن هذه الناحية، فهو يتصل بصميم النظام العام.

2 ـ ومن حيث الحماية، فإن وثائق الحالة المدنية هي وثائق رسمية[206]، محمية بالمقتضيات الجنائية الخطيرة التي تحمي هذه الوثائق[207]، إضافة إلى العقوبات الزجرية التي يتضمنها قانون الحالة المدنية.

ج ـ ومن حيث الرقابة، فقد وقفنا عند دور القضاء الجالس ودور القضاء الواقف في هذا المجال والذي تضاف إليه رقابة أخرى إدارية، ومن ذلك ما تم النص عليه ضمن المادة 4 والفقرة الثانية والثالثة من المادة 7 من القانون رقم 99 ـ37 بشأن نظام الحالة المدنية.

د – ومن حيث المسؤولية المدنية، لابد من التوقف عند ثلاث مواد:

– المادة 8 من القانون رقم 99–37 وتنص على ما يلي:

"تفقد صفة ضابط الحالة المدنية بالنسبة للمكلفين بها بمجرد ما تنتهي مهامهم القانونية ويبقون ملزمين بتسوية وضعية السجلات والرسوم والمستندات عن كامل الفترة التي مارسوا فيها مهامهم".

– المادة 9 من نفس القانون وتنص على أنه:

"كل من أودعت عنده سجلات الحالة المدنية يكون مسؤولا مدنيا عن كل ما يقع فيها من تغيير أو تزوير خلال الفترة التي كانت ممسوكة لديه".

يتم تسليم هذه السجلات أو تداولها بمقتضى محضر.

---

206 - تنص المادة 2 من القانون 37.99، على أنه:

«تكتسي رسوم الحالة المدنية نفس القوة الإثباتية التي للوثائق الرسمية، مع اعتبار الشروط الشرعية في إثبات النسب والأحوال الشخصية».

وهكذا فوثائق الحالة المدنية هي وثائق رسمية لأنها من إنجاز موظف عمومي مختص، (الفصل 418 من ق.ل.ع).

غير أنه تبقى لهذه الوثائق حجية نسبية في مجال الأحوال الشخصية، لذلك سمح المشرع بتغييرها قضائيا متى تعارضت مع القواعد المضمنة في قانون الأسرة، وهذه مسألة سنرجع إليها في موضوع إثبات النسب ونفيه.

207 - نظم المشرع الجرائم الخاصة بتزوير الوثائق الرسمية أو العمومية في الفصول من 351 إلى 356 من القانون الجنائي المغربي.

– المادة 10 من نفس القانون دائما وتنص على ما يلي:

"يكون ضابط الحالة المدنية وموظفوها مسؤولين طبقا لقواعد المسؤولية التقصيرية عن الأضرار اللاحقة بالغير نتيجة إخلالها بضوابط الحالة المدنية أو بسبب أخطائهم المهنية الجسيمة".

فقرة خامسة: الزواج المبرم في إطار القانون الدولي الخاص[208]:

الزواج المبرم في المغرب، أو في الخارج في إطار القانون الدولي الخاص، قد يتخذ صورة زواج أجانب، وقد يتخذ صورة زواج مختلط، وقد يتعلق الأمر بزواج مغاربة بالخارج. ونعطي فيما يلي فكرة جد موجزة عن كل من الزواجين الأولين، أما زواج المغاربة في الخارج، فنرجئ الحديث عنه إلى حين تطرقنا للإجراءات الإدارية الخاصة بتوثيق عقد الزواج، ما دام أن تلك الإجراءات هي التي تميزه وهي التي اهتم بها المشرع، دون غيرها.

أولا ـ زواج الأجانـــب:

Le mariage des étrangers

يقصد بالأجنبي كل شخص يحمل جنسية غير الجنسية المغربية.

---

208 - يقصد بالقانون الدولي الخاص مجموعة القواعد القانونية التي تفصل في تنازع الاختصاص وتنازع القوانين في العلاقات ذات العنصر الأجنبي وتحدد القواعد التي تنظم الجنسية ووضعية الأجانب داخل الدولة. على أن جانبا من الفقه يفضل مصطلح العلاقات الخاصة الدولية عوض القانون الدولي الخاص على اعتبار أن القواعد التي يتضمنها هذا الأخير هي قواعد وطنية وليست دولية، وخاصة من منظور القضاء الأجنبي الذي يعرض عليه النزاع.

ـ أحمد عبد الكريم سلامة، علم وقاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع ـ أصولا ومنهجا ـ مكتبة الجلاء بالمنصورة، الجمهورية المصرية، 1996، و(الهامش 5).

وفي الفقه الفرنسي، هو فرع من فروع القانون الذي يهتم بحل العلاقات الدولية التي يحكمها القانون الخاص.

— "Droit internatinal privé:

— Branche de Droit ayant pour objet le règlement des relations internationales de droit privé…".

— G. Cornu, Vocabulaire juridique, P.U.F, 1996, p. 442.

ومن بين مباحث القانون الدولي الخاص ما يتعلق بتنفيذ الأحكام الأجنبية داخل الوطن. انظر حول الموضوع:

ـ آمال العلوي، تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الدولي الخاص المغربي، دكتوراه في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق الرباط – أكدال، 2002–2003.

زواج الأجانب هو ذلك الذي يتم بين شخصين يحملان جنسية دولة أجنبية واحدة أو جنسيتين أجنبيتين مختلفتين عن بعضهما، ومن ذلك مثلا زواج فرنسي بفرنسية أو أمريكي بإسبانية، سواء تم هذا الزواج بالمغرب أم أبرم بالخارج. والمدار هو عدم وجود حامل للجنسية المغربية.

وقد بين المشرع المغربي القواعد الموضوعية التي يجب أن يُصَارَ إليها بالنسبة لزواج الأجانب في الفصل الثامن من ظهير 12 غشت 1913 بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب، كما بين القواعد الشكلية التي يجب التقيد بها من خلال الفصل 11 من نفس الظهير، مع العلم أنه يصعب وضع حدود فاصلة بين ما هو موضوعي وما هو شكلي بخصوص القواعد الواجبة التطبيق، والمسألة أولا وأخيرا تتعلق بالتكييف الذي يعد نشاطا قانونيا بالأساس.

1 ـ القواعد الموضوعية الخاصة بزواج الأجانب :

ينص الفصل الثامن من الظهير الخاص بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب على أنه :

«يخضع الحق بإبرام الزواج للقانون الوطني لكل من الزوجين».

وعليه، فمتى اتحدت جنسية الزوجين (فرنسي وفرنسية أو إسباني وإسبانية مثلا) وجب إبرام عقد الزواج طبقا للقواعد الموضوعية لقانون الأحوال الشخصية للدولة التي ينتسبان إليها بجنسيتهما. أما إذا كان الزوجان مختلفي الجنسية (فرنسي وإسبانية مثلا) وجب احترام القانون الوطني لدولتيهما معا، مع العلم أن مثل هذه القاعدة قد تصطدم في الواقع العملي بالتضارب البين الذي قد يحصل بين القانونين[209].

---

209 - انظر للزيادة في الإيضاح حول هذا الموضوع :

- د. موسى عبود، «محاضرات في القانون الدولي الخاص»، أُلقيت على طلاب السنة الثالثة بكلية الحقوق بالرباط، السنة الجامعية 1977، ص 204 وما يليها.

- ذة. بلمير السعدية، «الروابط العائلية»، كتاب من نشر المعهد الوطني للدراسات القضائية، 1981، ص 13 وما بعدها.

— P. Decroux, *"Droit privé"*, T. 2. *"Droit international privé"*, Edition La Porte, 1963, p. 165 et suiv.

وجاء في قرار للمجلس الأعلى :

"إن الحكم المطعون فيه لم يكن على صواب فيما قضى به وذلك عندما طبق على العلاقة بين الزوجين الفرنسيي الجنسية قانون الأحوال الشخصية المغربي، واعتبر أن الزوج ذا أهلية تامة لبيع العقار المتنازع فيه مع أنه من جهة

على أن زواج الأجانب لابد من أن يحترم النظام العام في المغرب بحيث لا يمكن مثلا قبول زواج بين مثليين أمام أي جهة في المغرب، سواء أكانت إدارية أم قضائية، لاعتبارات دينية وأخلاقية. أما بالنسبة لبعض المسائل الأخرى كالتبني مثلا فغالبا ما يتم التغاضي عنها.

2 ـ القواعد الشكلية الخاصة بزواج الأجانب :

ينص الفصل 11 من الظهير أعلاه على أنه :

«لا يجوز للفرنسيين والأجانب أن يتزوجوا في المغرب إلا بمقتضى القواعد المقبولة في قانونهم الوطني أو بمقتضى القواعد المنصوص عليها في نظام الحالة المدنية بالمغرب»[210].

يستفاد من هذا النص أنه لابد من التمييز بداية في هذا المجال بين الفرضيات الثلاث الآتية :

أ ـ الفرضية الأولى :

إذا كان الزوجان من دولة واحدة، أي يحملان نفس الجنسية، وجب إبرام الزواج وفق الشكل الذي يفرضه قانونهما الوطني. وهكذا فزواج فرنسيين بالمغرب يخضع للإجراءات التي يتضمنها القانون المدني الفرنسي.

ب ـ الفرضية الثانية :

إذا كان الزوجان مختلفي الجنسية، وجب احترام القواعد الشكلية لكل من

فإن العلاقة بين الطالبة وزوجها تحكمها قواعد القانون المدني الفرنسي الواجب التطبيق في هذه النازلة طبقا لظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب...".

- قرار صادر في 28 فبراير 1979، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 25، ص. 80 وما بعدها.

ومن البديهي أن زواج الأجانب يتضمن كذلك الأحكام المتعلقة بالخطبة والتي يجب أن يطبق بشأنها قانونهم الوطني.

وحول الإشكالات التي يثيرها هذا الموضوع، انظر:

- د. أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، مكتبة الجلاء الجديدة، المنصورة، 1996، ص. 761 وما بعدها.

210 - وبالإضافة إلى هذا النص، نظم المشرع المغربي ما يخص العلاقة المالية بين الزوجين من خلال الفصول 12 و13 و14 و15 من الظهير، وهي عبارة عن قواعد تنازع أو إسناد (Régles de conflits).

قانونيهما الوطني. فمثلا إذا كان الزوج فرنسيا والزوجة إسبانية وجب احترام الإجراءات التي يفرضها كل من القانون الفرنسي والقانون الإسباني، أي الشكل المدني والشكل الديني.

وفي هذا الصدد بالذات، سبق لمحكمة الاستئناف بالرباط أن قررت أن الزواج المبرم بين فرنسي وإسبانية يجب أن يبرم لدى السلطات المدنية ليوافق القانون الفرنسي ولدى السلطات الدينية ليوافق القانون الإسباني[211]، احتراما لقانون الزوجين معا.

ج ـ الفرضية الثالثة :

يمكن اعتماد الشكل الذي يفرضه التشريع المغربي، وبالتالي إبرام الزواج أمام ضابط الحالة المدنية إذا كان القانون الوطني للزوجين يترك لهما الخيار في اتباع الإجراءات الشكلية المنصوص عليها في المغرب[212]، أو إذا هما اتفقا صراحة على ذلك.

وأخيرا، رغم أن المشرع المغربي قد أشار في المادة 11 إلى أن للأجانب أن يتزوجوا في المغرب بمقتضى القواعد المقبولة في قانونهم الوطني أو بمقتضى القواعد المنصوص عليها في نظام الحالة المدنية، فإن القانون رقم 99–37 المتعلق بالحالة المدنية ومرسوم رقم 2.99.665 الصادر في 9 أكتوبر 2002 الذي يبين كيفية تطبيقه قد تجاهلا هذا الموضوع كلية.

3 ـ آثار زواج الأجانب :

إن الزواج الذي أبرم في المغرب بين أجنبيين واحترمت بصدده القواعد الجوهرية والشكلية المفروضة التي أشرنا إليها أعلاه، يعتبر في المغرب زواجا صحيحا مرتبا لكافة آثاره القانونية.

---

211 - قرار 13 أبريل 1955.

— G.T.M. 1955. p. 315.

ـ انظر كذلك قرار المجلس الأعلى الصادر في 17 ماي 1961.

— R.M.D. 1961. p. 393.

212 - موسى عبود م.س، ص. 207.

ـ محمد ناصر متيوي مشكوري، "إثبات وقائع الحالة المدنية في إطار القانون الدولي الخاص المغربي"، أطروحة من كلية الحقوق بفاس، 1994، ص. 171.

وطبيعي جدا أن المقتضيات التي تحكم هذا النوع من الزواج سواء من حيث الإنشاء أو من حيث السريان أو من حيث الآثار أو من حيث الانقضاء، يرجع إليها في القانون الوطني لكل من الزوجين، وهذا ما أكدته بصفة صريحة الأحكام المضمنة بالفصل الثالث من ظهير 12 غشت 1913 الخاص بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب والذي ينص على أنه :

«تخضع حالة الفرنسيين والأجانب الشخصية وأهليتهم لقانونهم الوطني».

وهكذا، فيجب على القضاء الذي ينظر في نزاع يخص زواجا أو طلاقا يهم أجانب أن يكون على علم ودراية بالقانون الواجب التطبيق عليهم، أو أن يطلبه من جهة رسمية كالسفارة أو القنصلية مثلا، لأن إعماله للقانون الأجنبي في هذه الحالة يخضع مبدئيا لرقابة محكمة النقض.

وفي حالة غياب تلك الجهة الرسمية، مطالبة المعنيين بالأمر مباشرة بالإدلاء به، وإلا تم تطبيق مدونة الأسرة على سبيل الاحتياط باعتبارها قانون القاضي[213].

4 ـ زواج الأجانب المسلمين بالمغرب :

لم تتعرض مدونة الأسرة، وهي تحدد مجال تطبيقها، للقانون الواجب التطبيق بخصوص الأحوال الشخصية للمسلمين الأجانب، ومن ذلك زواج أردنيين أو مصريين أو طلاق زوج فلسطيني لزوجته التونسية. وفي هذا الصدد، يجب تطبيق القواعد الموضوعية لقانونهم الوطني إعمالا لقواعد الإسناد المنصوص عليها في ظهر 12 غشت 1913 المتعلق بوضعية الفرنسيين والأجانب بالمغرب.

أما بخصوص الإجراءات الإدارية والقضائية للزواج والطلاق فتفضل اتباع تلك المنصوص عليها في مدونة الأسرة.

---

213 - وهذا هو الموقف الذي ساد في القضاء الفرنسي، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض مثلا:

— "...Il incombe à la partie qui se prévaut d'une loi étrangère de faire la preuve de la disposition qu'elle invoque...".

— Civ. 1ère 21 juin 1988: Bull. civ. I, n° 199;

— Rev. crit. D.I.P 1989. 55, note Ancel.

وابتداء من سنة 2005، فرضت محكمة النقض الفرنسية على قاضي الموضوع أن يبحث هو نفسه عن النص الأجنبي، وإن بمساعدة من يتمسك به.

— Il incombe au juge français qui reconnaît applicable un droit étranger d'en rechercher, soit d'office, soit à la demande d'une partie qui l'invoque, la teneur avec le concours des parties et personnellement s'il y a lieu et de donner à la question litigieuse une solution conforme au droit positif étranger.

— Civ. 1ère, 28 juin 2005: Bull. civ. I, n° 189.

ونجد في هذا الصدد أنه من المفيد الاستئناس بالمادة 4 من قانون الأسرة القطري وقد جاء فيها ما يلي:

«يطبق هذا القانون على من يطبق عليهم المذهب الحنبلي، وفيما عدا ذلك فتطبق عليهم الأحكام الخاصة بهم.

وفي جميع الأحوال تسري أحكام هذا القانون متى طلبوا ذلك أو كانوا مختلفين دينا أو مذهبا».

ثانيا ـ الزواج المختلط :

Le mariage mixte

1 ـ تعريف وإيضاح :

الزواج المختلط هو كل زواج يبرم بالمغرب أو بالخارج بين شخص يحمل الجنسية المغربية وشخص آخر يحمل جنسية دولة أجنبية، ومن ذلك زواج مغربي مسلم بفرنسية مسيحية أو زواج مغربية مسلمة من سعودي مسلم[214]. ومن هذه الناحية، فإن زواج مغربي مسلم بمغربية يهودية أو مغربية نصرانية لا يعتبر زواجا مختلطا لاتحاد جنسية الزوجين، كما لا يعتبر زواجا مختلطا، بالنسبة للقانون المغربي، الزواج المبرم خارج المغرب بين مغربيين في دولة أجنبية، وإن كانت المسألة ترتبط بالقانون الدولي الخاص.

وهكذا، فالزواج المختلط يتأسس على اختلاف جنسية الزوجين مع كون إحداهما مغربية، مع العلم أن المغرب بلد إسلامي لا يستبعد تأثير العنصر الديني في هذا المجال[215].

---

214 - بلمير السعدية، المرجع السابق، ص. 23.

215 - ومن ذلك مثلا أنه - وطبقا للمادة 39 من مدونة الأسرة - ليس للمغربية المسلمة أن تتزوج بأجنبي غير مسلم.

وانظر لمزيد من الاطلاع حول الموضوع:

- ابراهيم زعيم، الزواج المختلط، ضوابطه وإشكالاته، مقال منشور بالملحق القضائي، العدد 36، ص. 27 وما بعدها.

- بلحساني الحسين، أثر اختلاف الدين على الزواج المختلط في النظام القانوني المغربي، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون والاقتصاد، العدد الخامس، ص. 133 وما بعدها.

- محمد الكشبور، قراءة في واقع الزواج المختلط، بحث ألقي في الندوة الدولية المتعلقة بالزواج المختلط في العلاقات الأورو- مغاربية - وجدة 13 و14 و15 مارس 2002، منشور بالمجلة المغربية للدراسات الدولية، عدد

وفي عهد الحماية، وإلى غاية صدور ظهير 24 أبريل 1959[216]، كانت «المحاكم الفرنسية» المتواجدة في المغرب منذ صدور ظهير 12 غشت 1913 بشأن التنظيم القضائي هي المختصة وحدها بالنظر في كل النزاعات المتصلة بالزواج المختلط.

وعلى الرغم من أن الفصل الثامن من ظهير 12 غشت 1913 بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب ينص على أن الحق في إبرام عقد الزواج يقتضي احترام القانون الوطني لكل من الزوجين، فإن المحاكم المدعوة آنذاك بالفرنسية قد درجت على إقرار صحة الزواج الذي يبرم بين مغربية مسلمة وفرنسي مسيحي[217] والزواج الذي يبرم بين مغربية يهودية[218] ورجل أجنبي غير يهودي، مع العلم أن الزواج الأول باطل من الناحية الشرعية[219]، والزواج الثاني باطل من الناحية العبرية. وقد حاول بعض الفقه تبرير القاعدة أعلاه بسمو القانون الأجنبي على القانون المحلي في عهد الحماية[220] وهو تبرير لا يقبله المنطق القانوني المجرد.

ومن الناحية الشكلية، وبعد تردد طويل، استقرت تلك المحاكم على أن الزواج المختلط يكون صحيحا متى أبرم أمام ضابط الحالة المدنية بالمغرب[221]، وهي شكلية تبنّاها فيما بعد ظهير 4 مارس 1960 السالف الذكر والذي لا زال ساري المفعول وإن كان معطلا من الناحية العملية.

2 ـ الزواج المختلط في إطار ظهير 4 مارس 1960 :

أ ـ إعادة الاعتبار للنظام العام الدولي المغربي:

يبدو أن إعادة الاعتبار للنظام العام المغربي الذي داسه القضاء الفرنسي

خاص، ص. 75 وما بعدها.

216 - أسند هذا الظهير إلى المحاكم الشرعية الاختصاص للبت في القضايا المتعلقة بالزواج المختلط.

217 - Jugement du tribunal de Fès du 27 Mai 1952. G.T.M. 1953.

218 - P. Decroux, op. cit. p. 189.

- موسى عبود، م.س، ص. 211.

(ولقد أشار الأستاذان إلى هذا الحكم دون أن يبينا مراجعه).

219 - راجع المطلب الخاص بالمحرمات على التأقيت.

220 - جان دبيري (Jean Duprez)، «القانون الدولي الخاص وإصلاح التنظيم القضائي بالمغرب»، تعريب أحمد زوكاغي، مقال منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 144، ص. 25 وما بعدها.

221 - راجع قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 3 مارس 1937 بمناسبة نازلة مغربية

— R.A.C.A.R. n° IX. p. 87.

- راجع: موسى عبود، المرجع السابق، ص. 212.

— P. Decroux, op. cit. p. 190 et suiv.

المثبت في المغرب في عهد الحماية، وخاصة احترام بعض الأسس ذات الطبيعة الدينية المستمدة من الشريعة الإسلامية، كانت سببا رئيسيا في سن ظهير 4 مارس 1960، بشأن الزيجات المختلطة.

ويتضمن هذا الظهير، من خلال فصوله الثلاثة، أربعة قواعد أساسية نوجزها فيما يلي:

* يجب لصحة الزواج المختلط المبرم في المغرب أن تحترم بصدده المبادئ الدينية المستقرة، ومن ثم يمتنع بكيفية مطلقة إبرام زواج مغربية مسلمة بأجنبي غير مسلم مثلا، خلافا لما حدث في عهد الحماية وباركه القضاء آنذاك (يراجع البند الرابع من المادة 39 من مدونة الأسرة).

* يجب أن تحترم بشأن الزواج المختلط كل الشروط التي تفرضها مدونة الأحوال الشخصية المغربية[222] والتي حلت محلها مدونة الأسرة في الوقت الراهن (المادة 2 من مدونة الأسرة).

* إن الزواج المختلط الذي استجمع أركانه وشروط صحته كلها وتم الإشهاد عليه من جانب العدلين المنتصبين للإشهاد، وخاطب عليه قاضي التوثيق، يمكن إعادة صياغته حسب مقتضيات الحالة المدنية أمام ضابط الحالة المدنية، لإمكانية احتجاج المعنيين بالأمر به في الخارج، وخاصة في بلد لا تقبل فيها عقود الزواج المبرمة على الطريقة المغربية المستمدة من الشرع الإسلامي.

* كل زواج مختلط أبرم بالمغرب قبل صدور ظهير 4 مارس 1960، وروعيت بشأنه المبادئ المضمنة في قانون الأحوال الشخصية الخاصة بالزوج المغربي يعتبر زواجا صحيحا مرتبا لكافة آثاره. وفي حالة الخلاف، لابد من تصحيح الوضع حتى ينسجم الزواج مع القانون المغربي للأسرة.

والظاهر أن ظهير 4 مارس 1960 قد ألغي ضمنيا بمدونة الأسرة.

ب ـ خضوع الزواج المختلط لمدونة الأسرة:

تنص المادة الثانية من مدونة الأسرة على أنه:

---

222 - وفي هذا الإطار، قررت محكمة الاستئناف بالرباط أن الزواج الذي يبرم بين مغربي يهودي وفتاة تحمل الجنسية الفرنسية أمام ضابط الحالة المدنية بفرنسا، هو زواج باطل لأن هذا الزواج لا يبرم إلا وفق الصيغة الدينية.

- قرار 18 ماي 1962، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 61.59، ص. 550 وما يليها.

«تسري أحكام هذه المدونة على:

1 ـ ...

2 ـ ...

3 ـ العلاقات التي يكون فيها أحد الطرفين مغربيا».

ورغم ذلك، فمن الصعب إقناع القضاء الأجنبي بهذا النص. ذلك أن القضاء الفرنسي مثلا يطبق على هذه العلاقة متى أثير بشأنها نزاع أمامه، القانون المدني الفرنسي، لا مدونة الأسرة، على ما يستفاد من الفقرة الثالثة من المادة الثالثة من القانون المدني الفرنسي[223]، حماية بالأساس لمن يحمل الجنسية الفرنسية من الطرفين، مع العلم أن هذا القضاء كثيرا ما يتنكر لتطبيق القانون المغربي حتى في النزاعات التي تهم المغاربة وحدهم[224].

3 ـ آثار الزواج المختلط :

تترتب على الزواج المختلط المبرم وفقا للشروط الموما إليها أعلاه، وخاصة تلك المضمنة بظهير 4 مارس 1960 وبالخصوص المادة الثانية من مدونة الأسرة، نفس الآثار القانونية التي تترتب عادة على الزواج المبرم بين مغربيين مسلمين وفقا للمقتضيات المضمنة في مدونة الأحوال الشخصية التي حلت محلها مدونة الأسرة، ما لم تكن هناك مقتضيات استثنائية مخالفة، ومن ذلك مثلا ما نصت عليه المادة 332 من مدونة الأسرة وقد جاء فيها ما يلي :

«لا توارث بين مسلم وغير مسلم...»[225].

وفي مجال الحضانة، فإن المطلقة الذمية قد لا تعامل – على المستوى القانوني – معاملة المطلقة المسلمة إذ من شروط الحضانة الرعاية الدينية حسب مقتضيات المادة 173 من مدونة الأسرة.

---

223 - جاء في هذه الفقرة:

— "Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français même résidant en pays étrangers".

راجع مختلف الاجتهادات القضائية الموضوعية بهامش هذا النص:

— Code civil, Dalloz, Edition 2001, p. 8 et suiv.

224 - راجع مثلا:

— Paris, 9 janvier 1965, D. 1966, somm. 171, obs. Audit.

225 - ويجد النص أعلاه سنده في حديث لرسول الله ﷺ رواه الأربعة عن أسامة بن زيد أنه ﷺ قال: «لا يرث المسلم الكافر ولا يرث الكافر المسلم».

وتضاف إلى هذه الآثار أحكام أخرى قد تتصل بجنسية الزوجين وجنسية الأولاد من حيث إن الزواج المختلط قد يسمح من الناحية القانونية بالانتقال من جنسية إلى أخرى، بل وقد يسمح أحيانا باكتساب جنسية مزدوجة[226].

ونشير إلى أن من أبرز المستجدات التي جاء بها القانون 62_06 المغير والمتمم لظهير 6 شتنبر 1958 بشأن الجنسية المغربية أن الولد يتبع جنسية أبيه المغربي أو جنسية أمه المغربية[227].

فقرة سادسة ـ الطلاق في القانون الدولي الخاص :

الطلاق، ويفيد في هذا الصدد حل الرابطة الزوجية، قد ينصب على زواج يربط بين أجنبيين أو ينصب على زواج مختلط، سواء أتم الزواج في الحالتين معا بالمغرب أو خارج المغرب.

أولا ـ طــلاق الأجانــب :

ينص الفصل التاسع من الظهير الخاص بالوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب بالمغرب على أنه :

«للفرنسيين والأجانب الحق بأن يطلبوا الطلاق والفصل الجسماني بمقتضى الشروط المقررة في قوانينهم الوطنية».

وعليه، فالحق في طلب الطلاق أو الفصل الجسماني، وأسباب الطلاق، والجهة التي لها أن تصدره، بالإضافة إلى مختلف الآثار القانونية المترتبة عليه، يحددها

226 - راجع بالنسبة لذلك الفصل التاسع وما يليه من ظهير 6 شتنبر 1958، الخاص بأحكام الجنسية المغربية.

وقد نص الفصل العاشر من الظهير أعلاه على ما يلي:

«إن المرأة الأجنبية المتزوجة من مغربي يجوز لها بعد مرور سنتين على الأقل على إقامة العائلة في المغرب بكيفية اعتيادية ومنتظمة أن ترفع إلى وزير العدل تصريحا لاكتساب الجنسية المغربية وتعتبر هذه الجنسية مكتسبة من طرفها إذا لم يبلغها وزير العدل معارضته في ذلك داخل أجل ستة أشهر تلي تاريخ إيداع التصريح، ويجري مفعولها من تاريخ عقد الزواج».

- راجع لتفصيل ذلك موسى عبود، المرجع السابق، ص 55 وما يليها.

227 - ينص الفصل 6 من قانون الجنسية بعد تتميمه وتعديله بالقانون 06-62 على ما يلي: «يعتبر مغربيا الولد المولود من أب مغربي أو أم مغربية».

القانون الوطني لكل من الزوجين[228]، ويتعرض للنقض بطبيعة الحال الحكم القضائي الذي يخضع طلاق زوجين فرنسيين أو أمريكيين لقانون الأسرة المغربي، مخالفا في ذلك الفصل 9 من الظهير أعلاه.

ثانيا ـ الطلاق في الزواج المختلط :

لم يبين المشرع المغربي في ظهير 12 غشت 1913، كما فعل مثلا بالنسبة لطلاق الأجانب من خلال الفصل التاسع المشار إليه أعلاه . كيفية إجراء الطلاق في الزواج المختلط. غير أن سمو القانون المغربي بهذا الصدد من جهة، وإبرام الزواج طبقا للشروط المضمنة في قانون الأحوال الشخصية الملغاة أو مدونة الأسرة حاليا من جهة ثانية، يفرض القول إن الطلاق في هذه الحالة يجب أن يتم بدوره وفقا للأحكام المضمنة في التشريع المغربي[229] وأمام القضاء المختص المتمثل في أقسام الأسرة التابعة للمحاكم الابتدائية.

وانسجاما مع قانون الحالة المدنية، لابد من تسجيل صك الطلاق لدى ضابط الحالة المدنية. (الفقرة الثانية والثالثة من المادة 22 من القانون رقم 99-37 بشأن الحالة المدنية).

وفي الوقت الراهن، فانحلال ميثاق الزوجية، في كل جوانبه، يخضع في هذا

228 - راجع للزيادة في الإيضاح بلمير السعدية، م.س، ص 41 وما يليها.

وكذلك :

ـ العياشي المسعودي، طلاق الأجانب في القانون الدولي الخاص المغربي، تعليق على قرار المجلس الأعلى بتاريخ 8 أبريل 1983، منشور بمجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني، ص. 99 وما بعدها.

وانظر من الناحية القضائية:

– قرار شرعي صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 10 نونبر 1971، منشور ضمن قرارات المجلس الأعلى (غرفة الأحوال الشخصية والميراث)، 1962–1995، ص. 27 وما بعدها.

229 - فعلى سبيل المثال : «وبمناسبة طلب تطليق تقدمت به فرنسية متزوجة بمغربي مسلم (في مدينة إيكس لبان في 27 مارس 1964) أمام المحكمة الإقليمية بالرباط أصدرت هذه الأخيرة بتاريخ 6 فبراير 1967، حكما صرحت فيه بالطلاق بين الزوجين لخطإ الزوج، إلا أنه بعد ان استأنف هذا الأخير الحكم المذكور أمام محكمة الاستئناف أصدرت هذه الأخيرة بتاريخ 23 ديسمبر 1969 قرارا صرحت فيه بعدم اختصاص المحكمة الإقليمية واختصاص المحكمة الشرعية لكون الزوج المدعى عليه يخضع فيما يخص أحواله الشخصية لمدونة الأحوال الشخصية التي تشكل قانونه الطبيعي. وتم تأييد هذا القرار من طرف المجلس الأعلى في قراره الصادر تحت رقم 75، بتاريخ 4 أبريل 1972...».

ـ أوردته بلمير السعدية، المرجع السابق، ص 57.

الإطار للكتاب الثاني من مدونة الأسرة الممتد من المادة 70 إلى المادة 141، بالإضافة إلى المقتضيات المتعلقة بالنسب والحضانة.

ولأن المراجع الخاصة بالقانون الدولي الخاص هي الأماكن الطبيعية لتفصيل مثل هذه الأمور، فإننا نكتفي بهذه الإشارات العابرة ونحيل في الباقي على تلك المراجع.

ملاحظة هامة:

أشرنا فيما سبق بيانه إلى أهم القواعد العامة التي تخص الزواج المختلط، اعتمادا على ظهير 12 غشت 1913 بشأن الوضعية المدنية للفرنسيين والأجانب، وبعض المقتضيات الأخرى المضمنة مثلا في ظهير 4 مارس 1960 أو في مدونة الأسرة. غير أننا قد نتواجد أمام أوضاع محكومة باتفاقية دولية ثنائية، ومن ذلك مثلا:

الاتفاقية المتعلقة بحالة الأشخاص والأسرة وبالتعاون القضائي بين المملكة المغربية والجمهورية الفرنسية الموقعة بالرباط في 10 غشت 1981 والتي نشرت بالجريدة الرسمية بظهير 14 نوفمبر 1986.

تتضمن هذه الاتفاقية ثلاثين مادة تهم تنازع القوانين في مجال الأهلية والزواج والفرقة، وتضع بعض الحلول لبعض المشاكل الخاصة مثلا بالحضانة والنفقة وحق الزيارة، وهكذا.

وهناك اتفاقيات متعددة أخرى أبرمها المغرب مع دول أجنبية أخرى أوروبية وغير أوروبية.

ومن البديهيات القانونية أن بنود الاتفاقيات الدولية المصادق عليها، والمنشور في الجريدة الرسمية تطبق بالأسبقية عن القانون الوطني الداخلي، عندما تتعارض معه حسب ما جاء في تصدير الدستور:

«– جعل الاتفاقيات الدولية، كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور، وقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو، فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملاءمة هذه التشريعات، مع ما تتطلبه تلك المصادقة».

وعليه، فيجب لإعمال هذا المقتضى، ملاءمة التشريعات الوطنية المخالفة مع الاتفاقيات الدولية المعنية.

فقرة سابعة ـ القانون الدولي الخاص وحماية النظام العام على مستوى مدونة الأسرة

أولا ـ تحديد الفكرة :

النظام العام فكرة نسبية تتطور زمانا ومكانا[230]. وقد اقتضت المبادئ العامة للقانون الدولي الخاص التمييز بين النظام العام الداخلي L'ordre public interne والنظام العام الدولي L'ordre public international والذي يجب أن يسود مبدئيا كلما اقتضى النزاع المطروح أمام القضاء الوطني تطبيق قانون أجنبي أو تنفيذ حكم قضائي صادر خارج المغرب[231].

وبالنسبة للنظام العام على مستوى القانون الدولي الخاص بالخصوص، فإن القاضي المغربي. وفي غياب أي تحديد تشريعي. هو الذي له سلطة تكييفه، وبالتالي

230 - فالنظام العام حسب جانب من الفقه هو مجموعة من الأفكار المرنة التي يصعب تحديدها تحديدا دقيقا، وهي تعبر بصفة عامة عن الأسس الاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية التي يقوم عليها نظام المجتمع، وتعتبر فكرة النظام العام والآداب العامة من أبرز الأمثلة على الصياغة المرنة للقواعد القانونية.
والقواعد المتصلة بالنظام العام ليست بالضرورة هي تلك التي يقصد بها تحقيق النظام داخل المجتمع أو تحقيق المصلحة العامة فيه، لأن كل قواعد القانون تتجه إلى تلك الغاية، وإنما تلك التي تهدف إلى تحقيق الحد الأدنى الذي لا يمكن الاستغناء عنه.
ـ سمير عبد السيد تناغو، م.س، ص. 91.
— Ph. Malaurie, *"L'ordre public et le contrat"*, L.G.D.J. Thèse. Paris. 1953.
— G Ripert. *"L'ordre public et la liberté individuelle"*. Rec. Gény. 1934. Tome II. p. 347 et suiv.

ـ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الجزء الأول، م.س، ص 434 وما يليها.

231 - ففي مجال تنازع القوانين، فإن فكرة النظام العام ترمي إلى إدراك ذات الهدف، ولكن بطريقة مغايرة. فالنظام العام في القانون الداخلي يهتم أكثر بالقاعدة القانونية الوطنية، فهو شق فيها وحام لها. أما في تنازع القوانين فهو مدافع عنها حيث يعترض به على تطبيق أحكام القانون الأجنبي التي تتنافى مع المبادئ والقيم الاقتصادية والاجتماعية والسياسية لمجتمع الدولة. فالنظام العام هنا هو ند أو رقيب على القاعدة القانونية في القانون الأجنبي الواجب التطبيق، بينما هو حليف أو حام للقاعدة القانونية الوطنية، موضوعية كانت أو إجرائية.
ـ أحمد عبد الكريم سلامة، م.س، ص. 582.

وفي نفس الاتجاه، انظر:
ـ موسى عبود، «الوجيز في القانون الدولي الخاص»، نشر المركز العربي الثقافي 1994. ص. 211 وما بعدها.
ـ موسى عبود، «النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي»، المحاماة، العدد 14، ص. 13.
ـ جمال الطاهري، النظام العام كقيد على فاعلية الأحكام القضائية الأجنبية بانحلال الزواج المختلط، بحث ألقي في الندوة الدولية المتعلقة بالزواج المختلط في العلاقات الأورو. مغاربية، م.س، ص. 91 وما بعدها.

الاعتذار عن تطبيق القانون الأجنبي الذي يعارضه رغم وجود قاعدة إسناد وطنية تفرض الرجوع إليه[232]، مع وجوب تعليل موقفه تعليلا منضبطا.

والراجح عملا هو أن استبعاد القانون الأجنبي يستتبعه تطبيق قانون بلد القاضي مكانه لاعتبارات فنية يصعب الخوض فيها في هذا المجال الضيق.

ولأن الإسلام دين الدولة، ولأن مدونة الأحوال الشخصية ومن بعدها مدونة الأسرة، قد استمدت قواعدها الموضوعية بالأساس من الفقه الإسلامي، فقد كان من الطبيعي جدا أن يصطبغ النظام العام في جانبيه الداخلي والدولي بصبغة إسلامية[233]، وغالبا ما يعبر عن الجانب الأخلاقي والديني للنظام العام بمصطلح الآداب العامة[234].

---

232 - موسى عبود، م.س، بنفس الموضع.

ومن الاجتهادات القضائية المستقرة في فرنسا:

— "Les dispositions de la loi étrangère normalement compétente qui sont contraires à la conception française de l'ordre public international ne suarait avoir efficacité en France…".

— Jurisprudence constante, par exemple:

— Civ. 1ère 23 janvier 197; Bull. civ. I., n° 27.

وراجع بخصوص التوسع حول الموضوع:

— A. Chapelle, "*Les fonctions de l'ordre public en droit international privé*", thèse, Paris, 1979 (dacty), p. 225 et suiv.

— P. Courteault et G. Flecheux, La notion d'ordre public international dans la jurisprudence de la cour de cassation française, Rev. arb. 1978, p. 341.

233 - وما قيل في هذا الصدد بالنسبة للشريعة الإسلامية، يصدق كذلك بالنسبة للشريعة الموسوية متى تعلق الأمر بيهود مغاربة، وهكذا فإذا كان للنظام العام مظهر إسلامي بالنسبة للمغاربة المسلمين، فإن له مظهرا عبرانيا بالنسبة للمغاربة اليهود، وهو ما عبرت عنه محكمة الاستئناف بالرباط عندما قررت بشأن زواج أبرم بفرنسا بين يهودي مغربي وفرنسية مسيحية، ما يلي:

«... إن كل خرق لقانون الحالة الشخصية يعد خرقا للنظام العام الداخلي وينتج عن ذلك أن الزواج المبرم في بلد أجنبي بكيفية مخالفة لقانون الحالة الشخصية للطرف المغربي هو باطل...».

- قرار صادر في 18 ماي 1962، منشور بمجلة القضاء والقانون، الأعداد 59/61 مجتمعة، ص 550 وما بعدها.

234 - وحسب المرحوم عبد الرزاق أحمد السنهوري:

«والآداب العامة في أمة معينة وفي جيل معين هي مجموعة من القواعد وجد الناس أنفسهم ملزمين باتباعها طبقا لناموس أدبي يسود علاقاتهم الاجتماعية، وهذا الناموس الأدبي هو وليد المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس، وللدين أثر كبير في تكييفه، وكلما اقترب الدين من الحضارة، كلما ارتفع المعيار الخلقي وزاد التشدد فيه، ومن هنا نرى أن العوامل التي تكيف الناموس الأدبي كثيرة مختلفة، فالعادات والعرف والدين والتقاليد وإلى جانب ذلك، بل في الصميم منه، ميزان إنساني يزن الحسن والقبيح، ونوع من الإلهام البشري يميز بين الخير والشر، كل هذه العوامل مجتمعة توجد الناموس الأدبي الذي تخضع الناس له، ولو لم يأمرهم القانون بذلك، ومعيار الآداب أو «الناموس الأدبي» ليس معيارا ذاتيا يرجع

وهكذا مثلا، فزواج مغربية مسلمة من مسيحي - وهو زواج صحيح من وجهة القانون الفرنسي ذي الطبيعة العلمانية - يتعارض مع النظام العام في المغرب الذي ينبني على قواعد شرعية تحرم مثل هذا الزواج[235]. وتبني زوجين مغربيين مسلمين لولد في فرنسا - وهو تصرف صحيح بناء على قواعد القانون الفرنسي[236] - يخالف النظام العام في المغرب الذي يحرم هذا التبني بناء على ما تقضي به مبادئ الشريعة الإسلامية[237]. والوصية للخليلة باعتبارها كذلك تصرفا قانونيا صحيحا في أغلبية الدول الأوروبية باطل في المغرب[238]. والحكم الذي صدر في بلد أجنبي لا يمكن أن يذيل بالصيغة التنفيذية من طرف القضاء المغربي إلا إذا كان مسايرا للنظام العام في المغرب[239]، ومن ذلك الحكم بسقوط حضانة الأم المغربية لأبنائها دون سبب مقنع.

فيه كل شخص لنفسه ولتقديره الذاتي، بل هو معيار اجتماعي يرجع فيه الشخص لما تواضع عليه الناس، وهو في ذات الوقت معيار غير ثابت، يتطور تبعا لتطور الفكرة الأدبية في حضارة معينة..

ونرى من ذلك أن النظام العام والآداب هما الباب الذي تدخل منه العوامل الاجتماعية والاقتصادية والخلقية فتؤثر في القانون وروابطه، وتجعله يتمشى مع التطورات الاجتماعية والاقتصادية والخلقية في الجيل والبيئة...».

- م.س، ص 436 و 437.

235 - المادة 39 من مدونة الأسرة.

236 - وقد نظم المشرع الفرنسي التبني L'adoption في المواد من 343 إلى 2-370 من القانون المدني الفرنسي.

ولنا عودة إلى التبني في الكتاب الثاني المتعلق بانحلال ميثاق الزوجية، وبالضبط أثناء حديثنا عن الإقرار بالنسب.

237 - الآية 4 و 5 من سورة الأحزاب.

جاء في الفقرة الأولى من المادة 149 من مدونة الأسرة:

«يعتبر التبني باطلا ولا ينتج عنه أي أثر من آثار البنوة الشرعية».

238 - راجع القرار الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 4 فبراير 1977، منشور بمجلة المحاماة، العدد 13، صفحة 107 وما بعدها، والقرار الصادر عن نفس المجلس بتاريخ 14 شتمبر 1977، منشور بمجلة المحاماة، العدد 13، ص 111 وما بعدها.

- موسى عبود، «النظام العام كسبب لاستبعاد القانون الأجنبي»، مقال منشور بمجلة المحاماة، العدد 14، ص 131 وما بعدها.

- محمد الوكيلي، الرقابة على تطبيق القانون الأجنبي من خلال حكمين صادرين عن المجلس الأعلى، مقال منشور بالمجلة المغربية للقانون والسياسة والاقتصاد، العدد الخامس، ص 83 وما يليها.

239 - ينص الفصل 430 من قانون المسطرة المدنية على أنه:

«لا تنفذ في المغرب الأحكام الصادرة من المحاكم الأجنبية إلا بعد تذييلها بالصيغة التنفيذية من طرف المحكمة الابتدائية لموطن أو محل إقامة المدعى عليه أو لمكان التنفيذ عند عدم وجودهما.

يجب على المحكمة التي يقدم إليها الطلب أن تتأكد من صحة الحكم واختصاص المحكمة الأجنبية التي أصدرته، وأن تتحقق أيضا من عدم مساس أي محتوى من محتوياته بالنظام العام المغربي».

وأخيرا، فإن من أهم الفوارق بين القانون المغربي للأسرة وبعض القوانين السائدة في بعض دول الغرب التي تقر بزواج المثليين والذي من غير المتصور الاعتراف به في دولة إسلامية كالمغرب، أو حتى النظر في الدعاوى المتعلقة به أمام قضائها.

ثانيا ـ الغش في القانون في إطار العلاقات الأسرية:

عمليا، قد يلتجئ بعض الأشخاص إلى حيل قانونية قصد التهرب من التعارض صراحة مع النظام العام داخل الدولة، ومن ذلك تغيير الجنسية أو الدين أو الموطن من

فباستقراء مقتضيات هذا الفصل، نستنتج ما يلي:

1. إن الحكم الصادر في دولة أجنبية قد يكون متعارضا مع النظام العام في المغرب، من حيث مضمون ما قضى به، ومن ذلك مثلا أن يقضي حكم أجنبي بأثر من آثار الزوجية على زوجة مسلمة لصالح زوجها غير المسلم، أو أن يقضي حكم أجنبي بإلزام زوجة مسلمة بدفع نفقة لزوجها المسلم المعسر، أو أن يتعلق موضوع الحكم الأجنبي بوجود حق يجد مصدره في قمار أو علاقة جنسية غير مشروعة.

فالشريعة الإسلامية مظهر أساسي للنظام العام في المغرب، وكل حكم أجنبي يناقض مبادئها لن يكون قابلا للتنفيذ فوق ترابه.

2. إن الحكم الصادر في دولة أجنبية وإن كان مضمونه لا يتعارض مع النظام العام في المغرب، فإنه لا يكون قابلا للتنفيذ فوق تراب هذا الأخير متى كانت الإجراءات التي صدر في ظلها لم تحترم قواعد الاختصاص وحقوق الدفاع.

إن الحكم الأجنبي الذي يهدر حقوق الدفاع بحيث تكون الإجراءات المتبعة في شأنه غير صحيحة، يعد ماسا بالنظام العام الإجرائي في المغرب ويجب بالتالي عدم إعطائه الصيغة التنفيذية.

- عكاشة محمد عبد العال، «القانـون الدولـي الخـاص»، دار الجامعة الجديدة للنشر، الأسكندرية، 1996، ص. 630.

— Cass. civ. 11 Juillet 1961. D. 1961 577. Note Holleaux.

— Cass. civ. 7 Octobre 1972. Rev. crit. 1973. 556. Note Francescakis.

وقد وضعت مدونة الأسرة مقتضى خاصا بالموضوع ضُمّن بالفقرة الثانية من المادة 128 منها، وقد جاء فيها أنه:

«الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ تكون قابلة للتنفيذ إذا صدرت عن محكمة مختصة وأسست على أسباب لا تتنافى مع التي قررتها هذه المدونة لإنهاء العلاقة الزوجية، وكذا العقود المبرمة بالخارج أمام الضباط والموظفين العموميين المختصين، بعد استيفاء الإجراءات القانونية بالتذييل بالصيغة التنفيذية، طبقا لأحكام المواد 430 و431 و432 من قانون المسطرة المدنية».

راجع حول هذه المادة:

- جهاد أكرام، تنفيذ الأحكام الأجنبية المتعلقة بالأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا المعمقة، وحدة القانون المدني المعمق، كلية الحقوق، جامعة محمد الخامس بالرباط، 2005-2006، ص. 12 وما بعدها.

- محمد جطيق، النظام القانوني لتنفيذ الأحكام الأجنبية بالمغرب، دكتوراه وحدة القانون المدني، كلية الحقوق، جامعة الحسن الثاني، عين الشق بالدار البيضاء، 2006-2007، ص. 39 وما يليها.

أجل تحقيق غرض ما. وهذه مسألة لا يعبأ بها القضاء عادة، والذي ليس له كقاعدة أن ينفذ إلى المقاصد والنوايا في هذا الصدد، وإنما عليه أن يؤسس أحكامه وقراراته على ما أدلي به أمامه من مستندات. غير أن بعض القوانين المقارنة قد تصدت لمثل هذا الفعل انطلاقا من مبدأ أن الغش يفسد كل شيء – وهي قاعدة شرعية عندنا –، فقررت أنه لا يجوز التمسك بمركز قانوني نشأ بتطبيق قانون أجنبي لم يكن مختصا، إلا بطريق الغش نحو قانون الموطن[240].

---

240 - أستاذنا موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، م.س، ص. 216 وما بعدها.

ظهرت فكرة التحايل على القانون، في مجال التنازع الدولي للقوانين، في بذورها الأولى منـذ عهـد نظريـة الأحوال الفرنسية. غير أنها تبلورت قضائيا في أواخـر القرن التاسع عشر بمناسبة قضية دو بوفرمـون De Bauffremont الشهيرة التي عرضت على القضاء الفرنسي، والتي تتلخص وقائعها في أن أميرة فرنسية تدعى دو بوفرمون متزوجة من أحد مواطنيها، ولكنها منفصلة عنه بدنيا، رغبت في التطليق منه، بغية التزوج من أمير روماني يدعى بيبسكو Bibesco، ولما كان التطليق يتصل بالحالة الشخصية، ويخضع للقانون الوطني، أي القانون الفرنسي، الذي كان يمنع التطليق في ذلك الوقت، فقد استطاعت تلك الأميرة التجنس بجنسية إحدى دويلات ألمانيا Saxe-Altembourg والتي يسمح قانونها بالتطليق. وبعد أن حصلت على حكم بالتطليق، تزوجت بالأمير بيبسكو في برلين وعادت إلى فرنسا كي تعيش معه في باريس. وعندما علم الزوج الأول بذلك طعن أمام المحاكم الفرنسية ببطلان الزواج الثاني. وفي قرارها الصادر في 18 مارس 1878 قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم الاعتراف بالتطليق الذي تم في الخارج، وببطلان الزواج الذي تم بناء عليه. واستندت المحكمة إلى أن التجنس الذي تم كان مرماه وغايته التحايل على القانون الفرنسي الذي يحظر التطليق آنذاك، وانتهت إلى استبعاد القانون الأجنبي، قانون الجنسـية الجديد للزوجة، واعتبار أن الزواج الأول مازال قائما حسب القانون الفرنسي، الواجب التطبيق أصلا، والذي تم التحايل عليه، وقد استقرت محكمة النقض الفرنسية على هذه القاعدة، كما أخذت بها العديد من التشريعات الحديثة. ولمزيد من الايضاح، انظر:

— Bernard Audi, "La fraude à la loi", Dalloz, Paris, 1974, p. 10 et suiv.

- أحمد عبد الكريم سلامة، علم قاعدة التنازع والاختيار بين الشرائع أصولا ومنهجا، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، 1996، ص. 543 وما بعدها:

وقد تصدى المشرع الفرنسي للمسألة بنص صريح (قانون 24 غشت 1993) حيث قرر من خلال المادة 190.1 من القانون المدني إمكانية إبطال الزواج المبرم عن طريق الغش بطلب من الزوج الآخر حسن النية أو بطلب من النيابة العامة خلال السنة الأولى من هذا الزواج.

— "(L. n° 93 - 1027 du 24 août 1993). Le mariage qui a été célébré en fraude à la loi peut être annulé à la demande de l'époux de bonne foi ou du ministère public, formée dans l'année du mariage".

ونشير إلى أن مسألة اتصال قانون الأحوال الشخصية بالنظام العام في الغرب قد بدأت تعرف بعض التغيير انطلاقا من فهم القضاء هناك لبعض الأحكام الإسلامية واستيعابها، وانطلاقا من قواعد التكييف كما تبلورت على مستوى القانون الدولي الخاص.

ويرصد أحد الفقهاء موقف هذا القضاء قائلا:

«وقد استجاب القضاء في الدول الأجنبية لهذا التوجه، وأخذ يتوسع في فهم نظم الزواج. فإذا كان الزواج في الشرائع الغربية رابطة مؤبدة لا تنحل ولا تقبل التعدد، فإن القضاة هناك قد اعترفوا بالزواج المتعدد

وحاليا، يلاحظ أن بعض الأجانب من غير المسلمين – وأقصد الأوروبيين بالخصوص – قد يتظاهرون بالإسلام بقصد الزواج من مغربيات مسلمات، فهو غش في مواجهة القانون المغربي إن ثبت، غير أنه من الصعب إثباته، ومن ثم يكتفى عادة بالتحريات الإدارية التي تسبق إبرام عقد الزواج[241] ومن ذلك شهادة الإسلام التي يحررها عدلان منتصبان للإشهاد مجانا طبقا لمقتضيات المادة 13 من القانون رقم 03–16 [242]، بالإضافة إلى بعض الإجراءات الإدارية والقضائية المصاحبة، أو مجرد النطق بالشهادتين أمام هيئة المحكمة.

وقد عبرت محكمة الاستئناف بالدوحة – عاصمة دولة قطر – عن ذات التوجه، حيث قررت ما يلي:

"... الاعتقاد الديني مسألة نفسية محضة ولا يمكن لأي جهة قضائية البت فيها إلا عن طريق المظاهر والإجراءات الرسمية التي يتطلبها القانون لتغيير الديانة أو المذهب، وإن من يعتنق دينا معينا لا يسأل عن الباعث على اعتناقه وتترتب الآثار الخاصة بتغيير الدين من وقت وقوعه بصرف النظر عن وجود التحايل من عدمه..."[243].

Polygamaus mariage الذي تجيزه الشريعة الإسلامية وبعض النظم القانونية الأخرى، وأخذت ترتب عليه بعض الآثار كالاعتراف بشرعية الأولاد وحق الزوجة الثانية في الميراث والحق في مؤخر الصداق والنفقة والحق في المساعدات الاجتماعية... إلخ. كما أخذ قضاء الدول الغربية في الاعتراف بالطلاق بالإرادة المنفردة La répudiation المعروف في الشريعة الإسلامية، بعد أن كان يعتبره مخالفا للنظام العام، كل ذلك بعد الوصول إلى التكييف الموسع لمفهوم رابطة الزوجية، وبالاعتماد على الأثر المخفف للنظام العام ».

- أحمد عبد الكريم سلامة، م.س، ص. 760.

ومن أجل التوسع أنظر:

— B. Bourdelois, *"Le mariage polygamique en Droit international privé français"*, thèse dacty. 1991, éd. Economica, 1993.

— I. Fadlallah, *"Vers la reconnaissance de la répudiation musulmane par le juge français"*, Rev. Crit. 1981, p. 17 et suiv.

— F. Monéger, *"Vers la fin de la reconnaissance des répudiations musulmanes par le juge français"*, Clunet, 1992, p. 348.

241 - وسوف نرجع إلى هذه التحريات الإدارية لاحقا.

242 - تنص هذه المادة على ما يلي:

«يقع تلقي شهادة اعتناق الإسلام ومراقبة الهلال مجانا، وكذا تلقي شهادة الزواج، إذا ثبت عسر المتعاقدين، ويكلف القاضي المكلف بالتوثيق عدلين بالتناوب بتلقي هذه الشهادات».

243 - جلسة 4 يوليوز 1973، مجموعة المبادئ القانونية للأحكام الصادرة عن محكمة الاستئناف، مطابع علي بن علي، 2003، ص. 43.

ورغم ذلك، فشهادة الإسلام التي يحررها العدلان في إطار القانون 03–16 أو في إطار الإجراءات التي أشار إليها قرار محكمة النقض المصرية، هي قد تقررت للإثبات فقط وفي هذا الصدد، جاء في قرار لهذه المحكمة الأخيرة:

"من المقرر شرعا أنه إذا نطق المسيحي بالشهادتين وثبت من وقائع الدعوى أنه ترك ديانته المسيحية نهائيا وصار مسلما حقيقيا، فإن ذلك كاف في اعتباره مسلما شرعا ومعاملته معاملة المسلمين وسريان أحكام الإسلام عليه بدون حاجة إلى إعلان هذا الإسلام رسميا أو اتخاذ أي إجراء آخر لاعتباره في عداد المسلمين..."[244].

ثالثا - الأثر المخفف للنظام العام :

ظهرت في إطار القانون الدولي الخاص الفرنسي، ومنذ أواسط القرن التاسع عشر، فكرة النظام العام ذي الأثر المخفف d'odre public atténué وهي فكرة تنطلق من فرضيتين، لكل منهما حكمها الخاص.

الأولى : ويتعلق الأمر بالحقوق والمراكز القانونية التي يراد إنشاؤها في دولة القاضي - أي الجمهورية الفرنسية -، ومن ذلك إبرام زواج أو توقيع طلاق أو الاعتراف بنسب أو بنوة، وهنا ينتج النظام العام الدولي في فرنسا أثره الكامل، سواء في جانبه الإيجابي أو السلبي، أي استبعاد الحكم المخالف للنظام العام الفرنسي وإحلال قانون القاضي محله، ومن ذلك مثلا أنه ليس للزوج أن يطلق زوجته بكيفية انفرادية، وليس له أن يعدد زوجاته، وليس له أن ينفي نسب ابنه البيولوجي عنه بدعوى أنه لا يوجد عقد زواج شرعي بينه وبين أم الإبن.

الثانية : وفيها تكون الحقوق أو المراكز القانونية المعروضة على القضاء قد نشأت وتكونت فعلا بالخارج وفقا لقانون أجنبي مخالف للنظام العام الفرنسي، ولكن يراد التمسك أو الاحتجاج بها في دولة القاضي - أي في الجمهورية الفرنسية -، علما بأنه ما كان لتلك الحقوق أو المراكز أن تنشأ أصلا في هذه الأخيرة[245]، وعمليا تقابل

---

244 - نقض 11 دجنبر 1974، طعن 27، 29س 40ق، أشار إليه أنور طلبة، م.س، ص. 225.

245 - وهذا ما قررته محكمة النقض الفرنسية من خلال مواقف متواترة صادرة عنها، ومن ذلك مثلا:

— "Les dispositions de la loi étrangère normalement compétente qui sont contraires à la conception française de l'ordre public international ne sauraient avoir d'efficacité en France.

— Jurisprudence constante par exemple: civ. 1ère; 23 janvier 1979, Bull. civ. I, n° 17.

"Mais la réaction à l'encontre d'une disposition de la loi étrangère contraire à la

هذا الافتراض في قضاء بعض الدول التي تحظر الطلاق بكيفية انفرادية أو باتفاق الزوجين معا أو تمنع تعدد الزوجات عندما يتم الطلاق أو الزواج الثاني في الخارج، وفقا لتشريعات أجنبية تبيح ذلك. وهنا يصاب النظام العام الوطني الفرنسي بشلل جزئي، حيث لا ينتج كافة آثاره، بحيث ليس للقاضي الوطني الحكم ببطلان الطلاق أو الزواج الثاني، وإنما يعترف ببعض آثاره، وهذا هو المقصود بالنظام العام ذي الأثر المخفف، الذي تعترف به بعض المحاكم الأوروبية في مقدمتها المحاكم الفرنسية.

وقد بدأت معالم فكرة الأثر المخفف للنظام العام تظهر في القضاء الفرنسي منذ منتصف القرن التاسع عشر، عندما كانت تعرض عليه قضايا التطليق، في وقت كان فيه هذا الأخير محظورا بفرنسا قبل سنة 1884. وهكذا تم السماح للأجنبي المطلق في الخارج أن يعقد زواجا جديدا في فرنسا والقضاء للزوجة المطلقة ولأولادها بالنفقة المستحقة لهم[246].

ثم تعددت تطبيقات فكرة الأثر المخفف في مجالات أخرى، ومن ذلك مثلا نظام تعدد الزوجات، فإذا كان إبرام الزواج الثاني لأول مرة في فرنسا مخالفا للنظام العام، إلا أنه متى تم بالخارج بين زوجين طبقا لقانون شخصي يسمح بالتعدد، كما هو الشأن بالنسبة للقانون المغربي والقانون الجزائري والقانون المصري، فلا يقضى ببطلانه، وقد حكمت المحاكم الفرنسية للزوجة الثانية بالحق في النفقة[247] وبالحق في ميراث زوجها المتوفى[248]، وبكل آثار الطلاق، كما هي محددة في الشريعة الإسلامية.

وقد عمل القضاء الفرنسي على تمديد الأثر المخفف للنظام العام إلى مجال تنفيذ الأحكام الأجنبية بفرنسا[249].

---

conception française de l'ordre public n'est pas la même suivant qu'il s'agit de mettre obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis sans fraude à l'étranger et en conformité de la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français...".

— Civ. 1ère 13 janvier 1980, Bull. civ. 1, n° 4; ...".

بهامش المادة 3 من القانون المدني الفرنسي، انظر:

— Code civil. Dalloz, édit. 2001, p. 10 et 11.

— Civ. 28 février, 1860. S.I., 210, note Dupin.

246 - Civ. 28 janvier 1958, Rev. crit. 1958, p. 110, note Jambu Merlin.

247 - Civ. 3 janvier 1980, Rev. crit. 1980, p. 331, note Batiffol.

248 -

249 - أمال العلوي، تنفيذ الأحكام الأجنبية في القانون الدولي الخاص المغربي، أطروحة في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق، أكدال بالرباط، 2002-2003، ص 120.

ويشترط القضاء الفرنسي فقط أن يكون الحق المتمسك به أمامه، لكي يرتب آثاره في فرنسا، قد اكتسب بدون غش، لأن الغش كما سبق بيانه يبطل ويفسد كل شيء.

رابعا – اعتماد محكمة النقض الفرنسية على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان للتصدي للطلاق الصادر بالمغرب:

في البداية، كان هناك نوع من التساهل من محكمة النقض الفرنسية بخصوص قبول الطلاق الموقع في المغرب بطلب من الزوج في إطار مدونة الأحوال الشخصية[250]، وخاصة بعد دخول اتفاقية الأشخاص والأسرة والتعاون القضائي المبرمة بين المغرب وفرنسا والموقعة بالرباط في 10 غشت 1981 والتي لم تدخل إلى حيز التنفيذ، إلا في سنة 1987[251].

وقد كان من أهدافها الحفاظ على الحقوق الأسرية العائدة لرعايا إحدى الدولتين الذين يعيشون في الدولة الأخرى والوقوف في وجه مقتضيات المادة 310 من القانون المدني الفرنسي بعد تعديلها سنة 1975[252].

وبعد ذلك، ظهر نوع من التردد في موقف محكمة النقض الفرنسية بخصوص المسألة، قبل اعتماد موقف تدريجي حاسم يقضي برفض الطلاق الأحادي الموقع من الزوج في المغرب اعتمادا على أنه يخرق مبدأ المساواة بين الأزواج، وهو مبدأ من جوهر النظام العام الفرنسي.

---

250 – راجع مثلا قرار رحبي بتاريخ 3 نونبر 1983.

— Civ. 1ère, 3 novembre 1983, Rohbi, R. 1989, 325, 1ère esp. note I. Fadlallah.

وفي نفس الاتجاه:

— Civ. 1ère 8 octobre 1987, Médiane, R. 1989, 733, 1ère esp. note M.L Niboyet.

— Civ. 1ère 6 juin 1988, Boujlifa, R. 1989, p. 733, 1ème esp. note M.L Niboyet.

251 – ج. ر. عدد 3910 بتاريخ 7 أكتوبر 1987.

252 – جاء في هذه المادة:

— "Le divorce et la séparation de corps sont régis par la loi française:

— Lorsque l'un et l'autre époux sont de nationalité française.

— Lorsque les époux ont, l'un et l'autre, leur domicile sur le territoire français.

— Lorsque aucune loi étrangère ne se reconnaît compétence, alors que les tribunaux français sont compétents pour connaître du divorce ou de la séparation de corps".

وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية، يكفي أن يتجنس أحد الزوجين الأجانب بالجنسية الفرنسية لكي ينعقد الاختصاص للقانون الفرنسي.

— Civ. 1ère, 13 octobre 1992: D. 1993. 85, note Courbe.

وابتداء من سنة 2004، تمسكت محكمة النقض الفرنسية، للوقوف في وجه الطلاق الموقع في المغرب بالاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان CEDH[253] وخاصة بالمادة 5 من البرتوكول الإضافي رقم 7 المؤرخ في 22 نونبر 1984، لأن المادة 55 من الدستور الفرنسي تجعل تلك الاتفاقية أسمى من القانون الداخلي[254].

وقد تكرس هذا الموقف الأخير بخمسة قرارات صادرة عن محكمة النقض الفرنسية في 17 فبراير 2004[255]، أي في وقت دخلت فيه مدونة الأسرة إلى حيز التطبيق بالمغرب وفيها ما يعارض موقف محكمة النقض الفرنسية ونكتفي هنا بالإشارة إلى قاعدتين:

1 – إن الطلاق لم يعد شأنا يهم الزوج وحده، وإنما أصبح يمارس تحت إشراف القضاء الذي عليه أن يحفظ على الزوجة حقوقها.

2 –

فقرة ثامنة- خصوصية المساطر أو الإجراءات المرتبطة بمدونة الأسرة

من المفروض أنه يجب على المشرع - وهو بصدد وضع قانون ينظم أحوال

---

253 – وقعت فرنسا على الاتفاقية الأوروبية لحقوق الإنسان منذ سنة 1950 ولكنها لم تصادق عليها بواسطة رئاسة الجمهورية إلا في 3 ماي 1974.

— A. Pellet, *"La ratification par la France de la convention européenne des droits de l'Homme"*, R.D.P, 1974, p. 13-19 et suiv.

254 – حسب هذه المادة، فإن الاتفاقيات الدولية التي صادقت عليها فرنسا تسمو على القوانين الداخلية.

— Les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité de son application par l'autre partie".

255 – انظر في هذا الصدد:

— Civ. 1ère, 17 février 2004, R. 2004, 424, note P. Hammje, J. 2004, 867, note G. Cuniberti et 1200, note L. Gannagé, D. 2004. 824 concl. Cavarroc et chr. Courbe, p. 815, J.P.C. 2004. II, 101. 28, note H. Fulchiron, G.P. sept. oct. 2004; p. 3367, note M.L. Niboyet, RTS. civ. 2004. 367, obs. J.P. Marguénaud.

وانظر لمزيد من الإيضاح حول الموضوع:

— Eva Bruce, *"La cour de cassation française et l'application d'office de la convention européenne des droits de l'Homme"*, rev. trim. dr. h. (62/2005).

— Michel Levinet, *"La liberté matrimoniale au sens de la convention européenne des droits de l'Homme"*, rev. trim. dr. h. (60/2005).

— Marie-Claude Najm. *"Le sort des répudiations musulmanes dans l'ordre juridique français"*, revue internationale interdisciplinaire, Droit et culture, n° 59, 2010.

الأسرة ومختلف العلاقات التي تنشأ في إطارها - أن يحقق، من خلال هذا التنظيم، عدة أهداف أساسية لها طابع اجتماعي وإنساني، ترتبط عن قرب بعقيدتنا التي تنهل من نبع الشريعة الإسلامية. وقد كان من اللازم أن تتضح معالم هذه الأهداف من خلال قواعد الموضوع، وأيضا من خلال قواعد المسطرة، وخاصة القواعد التي تحمي الحقوق والمراكز القانونية المرتبطة بهذا الفرع من فروع القانون.

فقانون الأسرة هو قانون مختلط، يحتوي إلى جانب قواعد الموضوع قواعد عديدة ذات طبيعة إجرائية، تمثل استثناء من القواعد العامة المضمنة بقانون المسطرة المدنية.

وهكذا، وبالإضافة إلى أن المشرع قد خص دعوى الأحوال الشخصية من خلال الفصول من 179 إلى 182 من قانون المسطرة المدنية بمسطرة خاصة، تراعي طبيعة موضوعها ووضعية أطرافها، فإن مدونة الأسرة ذاتها مليئة بالإجراءات القضائية، وهي إجراءات تسبق في التطبيق تلك المضمنة في قانون المسطرة المدنية، لأنها تمثل استثناء من الاستثناء.

أولا- بعض الإجراءات الخاصة المضمنة في قانون المسطرة المدنية:

1- على مستوى الاختصاص المحلي :

القاعدة العامة أن الاختصاص المحلي ينعقد عادة لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه[256]. وحماية للزوجة التي تطالب بنفقتها وبنفقة أبنائها، فقد

---

256 - تهيمن على أحكام الاختصاص المحلي قاعدة إجرائية عامة مفادها أن المدعي هو الذي يتبع المدعى عليه في الدعوى، حيث يجب عليه أن يقاضيه في أقرب المحاكم إلى وطنه.

- أحمد أبو الوفا، «المرافعات المدنية والتجارية»، منشأة المعارف بالأسكندرية (ت.غ.م.)، ص 358.

- موسى عبود ومحمد السماحي، «المختصر في المسطرة المدنية والتنظيم القضائي»، مطبعة الصومعة، الرباط، 1994، ص. 78.

- عبد الكريم الطالب، «الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية»، المطبعة والوراقة الوطنية، 2001، ص. 50 وما بعدها.

وقد ترجم المشرع المغربي القاعدة العامة أعلاه من خلال مقتضيات الفصل 27 من ق.م.م. وقد جاء فيه ما يلي: «يكون الاختصاص المحلي لمحكمة الموطن الحقيقي أو المختار للمدعى عليه».

وفي نفس الاتجاه، نصت المادة 49 من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على أنه: «يكون الاختصاص للمحكمة التي يقع في دائرتها موطن المدعى عليه مالم ينص القانون على خلاف ذلك».

وبالنسبة للموطن المشار إليه ضمن الفصل 27 من ق.م.م. المغربي، نص الفصل 519 من نفس القانون على

وضع المشرع قاعدة استثنائية مخالفة للحكم أعلاه، مفادها أنه يحق للزوجة لاعتبارات اجتماعية أن ترفع دعوى النفقة أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه، أي الزوج، أو أمام موطنها، حسب اختيارها (الفصل 28 / 13)[257].

وتظهر بوضوح أهمية هذا الاستثناء في الحالة التي يكون الزوج فيها مقيما في بلدة غير تلك التي تتواجد بها الزوجة، أو يتواجد خارج الوطن، حيث يتعذر على الزوجة مقاضاته، أو على الأقل تجد حرجا كبيرا في ذلك، ومن البديهي أن هذا الاختيار مقرر لمصلحة الزوجة، لذلك فلها وحدها أن تتمسك به ولها وحدها أن تتنازل عنه.

2 ـ على مستوى الاختصاص النوعي :

المحكمة المختصة نوعيا في القضايا الأسرية هي المحكمة الابتدائية المختصة مكانيا، مع مراعاة ما نصت عليه الفقرة الثالثة والرابعة من الفصل الثاني من التنظيم القضائي للمملكة بعد تعديله وتتميمه بالقانون رقم 70-03 [258]، وقد جاء فيهما ما يلي:

«تنظر أقسام قضاء الأسرة في قضايا الأحوال الشخصية والميراث والحالة المدنية وشؤون التوثيق والقاصرين والكفالة وكل ما له علاقة برعاية وحماية الأسرة.

ما يلي:

«يكون موطن كل شخص ذاتي هو محل سكناه العادي ومركز أعماله ومصالحه.

إذا كان للشخص موطن بمحل ومركز أعمال بمقر آخر اعتبر مستوطنا بالنسبة لحقوقه العائلية وأمواله الشخصية بمحل سكناه العادي وبالنسبة لحقوقه الراجعة لنشاطه المهني بالمحل الذي يوجد به مركز أعماله ومصالحه دون أن يتعرض للبطلان أي إجراء سلم لهذا العنوان أو ذاك».

- وللتوسع، راجع المقتضيات الموالية للفصل 519 من ق.م.م.

257 - جاء في الفصل 28 من ق.م.م. :

«تقام الدعاوى خلافا للفصل السابق أمام المحاكم التالية :

-...

-...

- في دعاوى النفقة أمام محكمة موطن أو محل إقامة المدعى عليه أو محل أو إقامة المدعي باختيار هذا الأخير...».

بقيت الإشارة إلى أن المشرع المغربي قد عرف الموطن في الفصل 519 من ق.م.م. ومحل الإقامة في الفصل 520 من نفس القانون، وقد تمت الإشارة إليه أعلاه.

وانظر للتوسع حول الموضوع:

- نجيب شوقي: طبيعة قواعد الاختصاص المحلي، بحث منشور بمجلة القصر، العدد 20، ص. 161 وما يليها.

258 - وقد سبقت الإشارة إلى مراجعه.

يمكن لكل غرفة أن تبحث وتحكم في كل القضايا المعروضة على المحكمة كيفما كان نوعها باستثناء ما يتعلق بأقسام قضاء الأسرة...».

إذن، وأمام صراحة المقتضيات أعلاه، فنحن أمام اختصاص نوعي استثنائي خاص بقسم قضاة الأسرة، وهو في نظرنا اختصاص من صميم النظام العام، يمكن التمسك به في أي مرحلة من مراحل التقاضي، بل وللمحاكم أن تثيره من تلقاء نفسها، حيادا عن مقتضيات الفصل 16 من ق.م.م. الذي أضعف إلى أبعد الحدود علاقة الاختصاص النوعي بالنظام العام.

ولأن قسم قضاء الأسرة هو جزء لا يتجزأ من المحكمة الابتدائية، فقد كان على المشرع أن يضع قاعدة تقضي بأنه عندما ترى إحدى غرف المحكمة الأخرى أن المسألة المطروحة من اختصاص قسم قضاء الأسرة، فهي تقضي بعدم الاختصاص وتحيل ملف القضية مباشرة على ذلك القسم، حفاظا على حقوق المتقاضين.

والظاهر أن هذا الوضع إنما يهدف إلى خلق قضاء متخصص في قضايا الأسرة، يساعد على تفعيل قواعدها الإجرائية والموضوعية[259]، مع العلم أن التخصص يجب أن ينطلق من تكوين القاضي، بالدرجة الأولى.

3 ـ على مستوى سرعة المساطر :

إن النزاعات التي تثار بين الزوج وزوجته بخصوص نفقتها أو نفقة أبنائها منه مثلا وتطرح أمام القضاء، يجب أن تعطى لها الحلول المطلوبة بالسرعة الملائمة. وقد راعى المشرع هذا المنظور من خلال عدة إجراءات مسطرية، منها على وجه الخصوص.

أ ـ شفوية المسطرة (الفصل 45 من ق.م.م.).

ب ـ إمكانية استئناف الأحكام المتعلقة بالنفقة بواسطة مجرد تصريح أمام كتابة الضبط (الفقرة 3 من الفصل 141 من ق.م.م).

ج ـ صدور أحكام النفقة وهي مشمولة بالنفاذ المعجل (الفصل 179 مكرر من ق.م.م.).

---

259 - انظر حول الموضوع والإشكالات التي يطرحها:

- نجيب شوقي، علاقة أقسام قضاء الأسرة ببقية غرف المحكمة الابتدائية... بحث منشور بمجلة القصر، العدد 20، ص. 65 وما بعدها.

د ـ أجل الاستئناف في قضايا الأسرة هو خمسة عشر يوما فقط وهي تنفذ رغم كل طعن (الفقرة 3 من الفصل 134 من ق.م.م).

هـ ـ قضايا الأسرة تسبقها دائما جلسة صلح (الفصل 180 من ق.م.م) وهذه مسألة سنرجع إليها بعد حين.

4ـ على مستوى سرية المرافعات :

قد يتضح من عناصر النزاع أن الأمر يفرض الإدلاء بأسرار لا تقبل المناقشة العلنية لما قد يترتب على ذلك من آثار وخيمة على أكثر من مستوى، وبالخصوص عندما يتعلق الأمر بعرض الزوجة أو سمعة الزوج أو نسب الأولاد أو الجماع، لذلك فإن المشرع قد سمح بالترافع في جلسة سرية[260]، وإن كانت المسألة تعود للسلطة التقديرية للمحكمة.

وللسبب ذاته، نلاحظ أن المشرع المغربي قد فَعَّلَ غرفة المشورة من خلال بعض النصوص، من بينها على سبيل المثال المواد 44 و82 و 94 و100من مدونة الأسرة الحالية[261].

وقد أكد المشرع نفس القاعدة بواسطة الفصل 339 من ق.م.م. بالنسبة لإجراءات الطعن بالاستئناف.

---

260 - جاء في الفصل 43 من ق.م.م.:

«تكون الجلسات علنية إلا إذا قرر القانون خلاف ذلك.

لرئيس الجلسة سلطة حفظ النظام بها ويمكنه أن يأمر بأن تكون المناقشة في جلسة سرية إذا استوجب ذلك النظام العام أو الأخلاق الحميدة».

ولم يشر المشرع إلى أن المناقشة الخاصة بدعاوى الأسرة يجب أن تتم في جلسة سرية. وعمليا فإن هذه الدعاوى هي المجال الذي يفرض أحيانا اعتماد السرية أثناء نظر النزاع.

261 - نصت مدونة الأسرة في العديد من مقتضياتها على غرفة المشورة ومن ذلك المادة 44 (المناقشة ومحاولة الإصلاح بين الزوج وزوجته والتي تسبق الإذن بالتعدد أو رفضه) والمادة 82 (محاولة الإصلاح التي تعقب طلب الإذن بالطلاق) والمادة 94 (محاولة الإصلاح التي تسبق الحكم بالتطليق للشقاق) والمادة 100 (الاستماع إلى الشهود في دعوى التطليق للضرر).

ويقصد بغرفة المشورة أو الشورة مكان ما داخل المحكمة كمكتب أو قاعة تجتمع فيه هيئة الحكم لتنظر في القضية أو الإجراء بكيفية سرية في الحالات التي حددها المشرع على سبيل الحصر.

والسرية هي أهم خاصية لغرفة المشورة، وقد درج المجلس الأعلى على نقض كل حكم أو قرار لا ينص بكيفية صريحة على أن القضية أو الإجراء قد تم داخل تلك الغرفة في حالة وجود نص يفرض ذلك.

وانظر حول الموضوع:

- محمد بلهاشمي التسولي، الطبيعة القانونية لغرفة الشورى، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، سنة 2001

ونفضل في هذا الصدد أن يقرر المشرع سرية المرافعات بالنسبة لقضايا الزواج والطلاق والنسب، لا غير.

5ـ الطعن بالنقض في دعاوى الأحوال الشخصية يوقف التنفيذ خلافا للقواعد العامة (الفصل 361 من ق.م.م)

ولأن تنفيذ الحكم أو القرار الصادر في النزاعات الأسرية، قبل مروره بمرحلة الطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى، قد تترتب عليه آثار خطيرة جدا، وخاصة عندما تستحيل إعادة الأطراف إلى الحالة التي كانوا عليها قبل التنفيذ بعد نقض الحكم أو القرار، فإن المشرع قد وضع قاعدة صريحة تقضي بأن طلب النقض يوقف التنفيذ خلافا للقاعدة الإجرائية العامة السائدة في هذا المجال[262].

ثانيا ـ بعض الإجراءات الخاصة المضمنة في قانون الأسرة:

1ـ النيابة العامة طرف أصلي فـــي كل الدعاوى الرامية إلى تطبيق مدونة الأسرة :

خلافا للفصل 9 من ق.م.م. الذي يعتبر النيابة العامة طرفا منضما في قضايا الأسرة، يبلغ إليها إلزاميا ملفها من أجل الإدلاء بمستنتجاتها تحت طائلة البطلان، نصت المادة 3 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«تعتبر النيابة العامة طرفا أصليا في جميع القضايا الرامية إلى تطبيق أحكام هذه المدونة».

فحسب المادة 3 من مدونة الأسرة، تتدخل النيابة العامة كمدعية وكمدعى عليها في كل القضايا الرامية إلى تطبيق هذه المدونة الأخيرة، ولها أن تستعمل كل طرق الطعن التي يخولها القانون، باستثناء التعرض[263]، كما أن لها أن تسهر على تنفيذ

---

262 - ينص الفصل 361 من ق.م.م. على ما يلي:

«لا يوقف الطعن أمام المجلس الأعلى التنفيذ إلا في الأحوال الآتية:

1. في الأحوال الشخصية.

2. في الزور الفرعي.

3. في التحفيظ العقاري».

263 - انظـر للتمييز حول وضعية النيابة العامة كطرف أصلي أو كطـرف منضم وما يترتب على ذلك من آثـار:

الأحكام الصادرة في الدعوى في إطار الفقرتين الثالثة والرابعة من الفصل 433 من ق.م.م.

فنحن إذن أمام نصين خاصين متعارضين، وقضاء الموضوع – إلى جانب النيابة العامة – يعمل أحيانا هذا النص أو ذاك، بما يخدم مصلحة النزاع. والمسألة تحتاج في حقيقة أمرها إلى تدخل ناجع من المشرع أو على الأقل إلى تدخل من محكمة النقض الذي تعود إليه وظيفة توحيد العمل القضائي.

2ـ محاولة الإصلاح بين الزوجين في جميع حالات الطلاق أو التطليق أو الخلع :

إن النزاعات المتعلقة بالعلاقات الأسرية، والتي قد تثار أساسا بين الزوجين، هي نزاعات تطبعها الصبغة الإنسانية. فالعلاقات الأسرية يجب أن تستقر وتستمر وتصفو لما فيه خير الأسرة كلها، خلافا للنزاعات ذات الطبيعة المالية المجردة التي تثار عادة بين الأغيار والأغراب بعضهم تجاه البعض الآخر.

ولهذا السبب بالذات، فقد فرض المشرع أن يمر النزاع بين الزوج والزوجة عندما يتعلق الأمر بانحلال الرابطة الزوجية بين الطرفين، بمرحلة أولية هي مرحلة الإصلاح بين الزوجين[264]، بحيث يمكن لها إذا ما أثمرت أن تضع حدا للنزاع. وانطلاقا من الهدف الذي توخاه المشرع من هذا الإجراء، فقد جعله من صميم النظام العام، تثيره المحكمة من تلقاء نفسها وتثيره محكمة الطعن وإن لم يتمسك به الخصوم في الدعوى.

- الشرقاوي الغزواني نور الدين: تدخل النيابة العامة في الدعاوى المدنية، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، 1995، ص 75 وما بعدها.

وحول وضعية النيابة العامة في مدونة الأسرة راجع:

- حسن بيوض، صلاحيات النيابة العامة في تفعيل مدونة الأسرة، مقال منشور بمجلة المعيار، العدد 32، ص 144 وما بعدها.

- عبد الكريم الطالب، النيابة العامة في مدونة الأسرة، مجلة المنتدى، عدد 5، ص 109.

- سفيان ادريوش، دور النيابة العامة في قضاء الأسرة، مجلة القصر، عدد 9، ص 83.

264 - راجع مثلا المواد 81 و84 و113 و114.

وقد استثنى المشرع من القيام بمحاولة الصلح حالة طلب التطليق للغيبة لأسباب بديهية، لا تحتاج إلى البيان (المادة 113).

ومن الملاحظ أن هذا الموضوع يرتبط بقاعدة جديدة جاءت بها مدونة الأسرة تتمثل في أن إنهاء الرابطة الزوجية، لأي سبب كان تشرف عليه المحاكم أو تتحكم به، على ما سوف نوضحه لاحقا.

ومن الملاحظ أن محاولة الإصلاح بين الزوجين هي على ضربين :

أ ـ محاولة الإصلاح التي تقوم بها المحكمة هي نفسها تلقائيا، كما هو الحال بالنسبة لحالات التطليق المشار إليها ضمن المادة 98 من مدونة الأسرة، باستثناء حالة التطليق للغيبة، على ما يستفاد صراحة من مقتضيات المادة 113 من مدونة الأسرة.

ب ـ محاولة الإصلاح عن طريق بعث الحكمين أو كل من تراه مؤهلا للإصلاح ذات البين بين الزوجين بالنسبة لحالة طلب الطلاق المنصوص عليها ضمن المادتين 82 و 83 من مدونة الأسرة، وبالنسبة لمسطرة الشقاق المنصوص عليها ضمن المواد من 94 إلى 97 من نفس المدونة.

3ـ وجوب البت في دعوى التطليق خلال ستة أشهر :

تنص المادة 113 من مدونة الأسرة على أنه :

«يبت في دعاوى التطليق المؤسسة على أحد الأسباب المنصوص عليها في المادة 98 بعد القيام بمحاولة الإصلاح، باستثناء حالة الغيبة، وفي أجل أقصاه ستة أشهر، ما لم توجد ظروف خاصة».

مع العلم أن التمسك بأجل الشهر مسألة يصعب تحققها عمليا وفي جميع الأحوال، بحيث تبقى المسألة عبارة عن تنبيه بوجوب الإسراع في ذلك البت ما أمكن.

إن ربط البت في الدعوى بأجل قصير ومحدد سلفا كما هو الحال بالنسبة للنص أعلاه، مسألة غير مألوفة في قانون المسطرة المدنية. والظاهر أن المشرع قد قصد الإسراع بالبت لا إلزام المحكمة بأجل الستة أشهر، بدليل أن ذلك الأجل قابل للتمديد متى كانت هنالك ظروف خاصة، والظروف الخاصة يجب أن تعلل.

والظاهر أن هذا المقتضى جاء كرد فعل على أوضاع سابقة، ومن ذلك مثلا دعوى التطليق التي كانت ترفعها الزوجة والتي قد تنتظر البت فيها لسنوات، دون أن تكون مضمونة النتيجة.

4ـ وجوب البت في قضايا النفقة خلال شهر:

نظرا للدور المعيشي الذي تلعبه النفقة بالنسبة لمستحقيها، سواء كان مستحقها زوجة أو ابنا أو أبا أو أما ، فقد قرر المشرع أنه يجب الحسم في القضايا

المتعلقة بها خلال أجل شهر. وهكذا، فقد نصت المادة 190 من مدونة الأسرة على أنه:

«تعتمد المحكمة في تقدير النفقة على تصريحات الطرفين وحججهما، مراعية أحكام المادتين 85 و 189 أعلاه ولها أن تستعين بالخبراء في ذلك ويتعين البت في القضايا المتعلقة بالنفقة في أجل أقصاه شهر واحد».

مع العلم أن التمسك بأجل الشهر مسألة يصعب تحققها عمليا وفي جميع الأحوال، بحيث تبقى المسألة عبارة عن تنبيه بوجوب الإسراع في ذلك البت ما أمكن.

5. المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ لا تقبل أي طعن في شقها المتعلق بإنهاء الرابطة الزوجية :

ذلك ما قررته المادة 128 من مدونة الأسرة من خلال فقرتها الأولى التي تنص على أنه :

«المقررات القضائية الصادرة بالتطليق أو بالخلع أو بالفسخ طبقا لأحكام هذا الكتاب غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية».

وهذا حكم إجرائي غريب كذلك، لأنه إن كان يسرع وصول الزوجة إلى حريتها دون عراقيل ما، فإنه ينزه المحاكم من الوقوع في الخطأ، خاصة أننا أمام مدونة يفترض حسن تطبيقها الإلمام بالفقه الإسلامي وبالقانون الوضعي، إضافة إلى التحكم في مادة الإجراءات الوضعية والفقهية على حد سواء[265]، وهي مسألة غير متيسرة دائما، ثم إن الخطأ قد لا يأتي من المحكمة مباشرة، وإنما من المتقاضين الذين قد يدلسون عليها فيدفعونها إلى الوقوع في الخطأ.

وأخيرا، ولأن دعوى الأسرة تتسم بطابع إنساني كما سبق بيانه، فقد قرر المشرع إعفاءها من الرسوم القضائية متى همت حقوق نساء مطلقات أو مهجورات (راجع المادة 22 من القانون المالي لسنة 1998)[266].

265 - ذلك أن بعض الإجراءات لابد من الرجوع بشأنها إلى الفقه الإسلامي، ومن ذلك إجراءات التحكيم المنصوص عليها في الآية 35 من سورة النساء، وإجراءات اللعان المنصوص عليها في الآيات 6 و7 و8 و9 من سورة النور. وسنرجع للموضوع فيما بعد.

266 - ولمزيد من الإيضاح حول المساطر الخاصة بمادة الأحوال الشخصية، انظر : - عبد المجيد غميجة، "مميزات دعوى الأحوال الشخصية على ضوء تعديلات ظهائر 1993/9/10"، مقال منشور

فقرة تاسعة : الدستور والمساواة بين الزوج والزوجة داخل الأسرة :

أولا ـ المساواة بين الرجل والمرأة في الدستور:

يعد الدستور أسمى تعبير عن إرادة الأمة، ويجب على الكل – حاكمين ومحكومين – الامتثال لأحكامه، كما أنه لا يمكن لنصوص تشريعية أدنى منه أن تخالف قواعده، وإلا كانت غير دستورية.

تنص الفقرة الأولى من الفصل 19 من دستور المملكة المغربية على ما يلي:

«يتمتع الرجل والمرأة، على قدم المساواة، بالحقوق والحريات المدنية والسياسية والاقتصادية والاجتماعية والثقافية والبيئية، الواردة في هذا الباب من الدستور، وفي مقتضياته الأخرى، وكذا في الاتفاقيات والمواثيق الدولية، كما صادق عليها المغرب، وكل ذلك في نطاق أحكام الدستور وثوابت المملكة وقوانينها».

هل تنسجم مدونة الأسرة مع هذا المقتضى الدستوري؟

إن هذا الجدل الذي عمر لعقود قد وضعت له مدونة الأسرة حدا بالشكل الآتي بيانه.

ثانيا ـ الوضع في مدونة الأسرة :

لعل، من أبرز الأهداف التي كانت وراء إعادة النظر في مدونة الأحوال الشخصية، محاولة الوصول إلى مساواة فعلية وقانونية بين الزوج والزوجة أساسا. وقد تمت ترجمة هذا التوجه من خلال المادة الرابعة من مدونة الأسرة والتي عرفت مؤسسة الزواج كما يلي:

«الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين»[267].

بمجلة القسطاس، العدد الأول، ص 39 وما بعدها.

267 - راجع كذلك، على سبيل المثال:

- المادة 19 بخصوص أهلية الزواج.
- المادة 51 بخصوص الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين.

وتستفاد هذه المساواة كذلك من المقتضيات المضمنة بالمادة المتعلقة بالحقوق المتبادلة بين الزوجين ومن أحكام طلب التطليق بسبب الشقاق، ومن أحكام الوصية الواجبة، ومن المقتضيات المضمنة في المادة 400 المتعلقة بالاجتهاد في مجال العلاقات التي تحكمها مدونة الأسرة.

وهكذا فعدم دستورية مدونة الأحوال الشخصية الذي كانت تنادي به بعض الجهات الحقوقية المناصرة لحقوق المرأة، لم تعد مطروحة بإلحاح مطلقا أمام مدونة الأسرة. وقد يكون الإشكال في التطبيق، وهذه مسألة تخص القضاء لا النصوص التشريعية.

ورغم كل هذا التحول فهناك العديد من الجهات التي تتمسك بعدم دستورية بعض قواعد الإرث.

ثالثا – قواعد الإرث غير مخالفة للدستور:

تهاجم بعض الجهات ذات التوجه العلماني غالبا القاعدة الشرعية التي تجعل في حالات منصوصة أن للذكر مثل حظ الأنثيين في الميرات[269]، فتجعل تلك القاعدة – وهي قطعية الثبوت والدلالة – قاعدة غير دستورية لتعارضها مع مبدإ المساواة المكرس بعدة نصوص دستورية. نرد على هؤلاء فنقول:

- المادة 78 بخصوص طلب الطلاق.
- المادة 94 بخصوص طلب التطليق بسبب الشقاق.

وانا عودة إلى هذه المقتضيات بعد حين.

ومن أجل تأصيل المساواة هذه راجع الخطاب الذي ألقاه جلالة الملك أمام البرلمان المغربي يوم 10 أكتوبر 2003 بمناسبة افتتاح الدورة الخريفية، حيث قدم مشروع مدونة الأسرة، مع ملاحظة أساسية هي أن هذا الخطاب قد تحول إلى ديباجة لنص تلك المدونة.

268 – راجع مثلا البلاغ الصحفي لمنظمة اتحاد العمل النسائي ورسالتها الموجهة إلى منظمات حقوق الإنسان بالمغرب (الرباط 7 مارس 1992).

راجع كتاب: «إصلاح قانون الأسرة حصيلة خمسين سنة من النقاش»، مجموعة وثائق، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2002، ص 100 وما بعدها.

269 – الآية 11 من سورة النساء.

الآية الأخيرة من سورة النساء (الكلالة).

1 – هناك حالات في الشرع ترث فيها المرأة مثل ما يرثه الرجل[270]، بل هناك حالات ترث فيها أكثر منه[271]، وهي حالات لا تتم إثارتها في هذا المجال.

2 – تنص العديد من المقتضيات الدستورية على أن الإسلام دين الدولة. فقد جاء مثلا في تصدير الدستور أن:

«**الهوية المغربية تتميز بتبوإ الدين الإسلامي مكان الصدارة فيها**».

ونقرأ في الفقرة 3 من المادة الأولى منه أنه:

«**تستند الأمة في حياتها العامة على ثوابت جامعة تتمثل في الدين الإسلامي السمح**».

وجاء في المادة الثالثة منه أن:

«**الإسلام دين الدولة**».

والإسلام كل لا يتجزء، لا يمكن أن نأخذ – حسب هوانا – ببعضه ونكفر ببعض. وهذه قاعدة لا تتعارض مطلقا مع الدستور وإنما تنسجم معه انسجاما كليا.

ولعل، مما يعزز وجهة النظر هذه أن الدستور نفسه قد منع منعا كليا أن يكون الدين الإسلامي محلا للمراجعة (الفصل 175).

فقرة عاشرة ـ العلاقات الأسرية في إطار المواثيق الدولية:

أولا – القاعدة أن الاتفاقية الدولية التي صادق عليها المغرب تسمو على القانون الداخلي:

صادقت المملكة المغربية على العديد من المواثيق الدولية الجماعية المتعلقة بحقوق الإنسان والتي تتضمن بين طياتها مقتضيات هي من حيث جوهرها عبارة عن قواعد خاصة تتصل بقانون الأسرة عموما، وحقوق المرأة والطفل على وجه الخصوص.

---

270 – وهذا مثلا هو موقف الشريعة بشأن ميراث الإخوة للأم جاء في الذكر الحكيم:

﴿وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث﴾.

– الآية 12 من سورة النساء.

– راجع في هذا الصدد المادة 365 من مدونة الأسرة.

271 – ومن ذلك مثلا أن من مات عن بنت وبنت ابن وابن أخ شقيق، فالبنت ترث النصف، وبنت الابن ترث السدس، وما بقي وهو الثلث يرثه الأخ الشقيق تعصيبا.

ونشير إلى أن أغلب هذه المواثيق والمعاهدات الدولية هي صادرة عن هيئة الأمم المتحدة، ومن ذلك الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن الجمعية العمومية للأمم المتحدة في 10 دجنبر 1948 [272] والعهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية الصادر عن الجمعية العمومية للأمم المتحدة في 16 دجنبر 1966 [273] والاتفاقية الدولية المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة الصادرة عن ذات المرجع سنة 1979 [274]، وكلها اتفاقيات دولية صادق عليها المغرب ونشرها بالجريدة الرسمية.

القاعدة المسلم بها قانونا، فقها وقضاء، هي أن الأحكام المضمنة في المواثيق والمعاهدات الدولية المصادق عليها بكيفية صحيحة والمنشورة بالجريدة الرسمية، ترجح في التطبيق العملي على الأحكام المضمنة في القانون الداخلي، باستثناء تلك التي تم التحفظ بشأنها[275].

ولقد أخذ الدستور الجديد ضمنيا بهذه القاعدة، فنص في الفقرة ما قبل الأخيرة من تصدير دستور 29 يوليوز 2011 على ما يلي:

«جعل الاتفاقيات الدولية، كما صادق عليها المغرب، وفي نطاق أحكام الدستور، وقوانين المملكة، وهويتها الوطنية الراسخة، تسمو، فور نشرها، على التشريعات الوطنية، والعمل على ملاءمة هذه التشريعات، مع ما تتطلبه تلك المصادقة».

ومن الملاحظ أن المشرع اشترط لسمو الاتفاقية الدولية على القانون الداخلي أن تحترم الهوية الوطنية الراسخة المتمثلة أساسا في ديانته الإسلامية.

---

272 - وتحتوي على ديباجة و30 مادة وقد صادقت عليها المملكة بدون تحفظ.

273 - نشرت بالجريدة الرسمية بمقتضى الظهير الشريف رقم 186-79-1 بتاريخ 8 نوفمبر 1979 وتحتوي على 53 مادة.

274 - صادق عليها المغرب بمقتضى الظهير الشريف الصادر في 12 يوليوز 1985 وتحتوي على 30 مادة. انضم المغرب إلى هذه الاتفاقية في 21 يونيو 1993 ونشرت بظهير 26 دجنبر 2000 وبه مقدمة تحتوي على عدة تحفظات التي نسخت مدونة الأسرة بعضها بكيفية ضمنية.
- ج.ر.ع. 4866 بتاريخ 18 يناير 2001.

275 - التحفظات les réserves وسيلة قد تلجأ إليها الدولة بغية استبعاد الأثر القانوني أو تعديله لعدد من الأحكام الواردة في معاهدة دولية في مواجهتها، وذلك عند توقيعها وتصديقها أو قبولها لهذه المعاهدة.
- د. خليل الموسى، التحفظات على أحكام المعاهدات الدولية لحقوق الإنسان، بحث منشور بمجلة الحقوق الكويتية، العدد الثالث، السنة 26، ص 345 وما بعدها.

ثانيا – أمثلة عن اتفاقيات دولية مصادق عليها تخرق الهوية الوطنية:

ـ المثال الأول :

تنص المادة 16 من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان الصادر عن هيئة الأمم المتحدة في 10 دجنبر 1948 على ما يلي:

«... للرجل والمرأة متى أدركا سن البلوغ حق التزوج وتأسيس أسرة دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين، وهما يتساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله...».

وعليه، فإذا كانت مدونة الأسرة قد استجابت للميثاق العالمي لحقوق الإنسان، فيما يتعلق بالمساواة بين الزوجين، على ما سبق بيانه وعلى ما سيتم توضيحه لاحقا، فهي لم تستجب إلى إزالة القيد الذي تضعه الشريعة الإسلامية بخصوص عنصر الدين، حيث نصت المادة 39 من مدونة الأسرة على أنه **ليس للمسلم أن يتزوج بغير الكتابية وليس للمسلمة أن تتزوج بغير المسلم**، وهو قيد غير قابل للإزالة ويترتب على خرقه بطلان عقد الزواج (راجع المادة 57 من مدونة الأسرة). ذلك أن المسألة ليست مجرد نص تشريعي، وإنما المسألة تتعلق بالعقيدة أساسا.

وحتى لا يقال إن هناك تناقضا بين القانون الداخلي والإعلان العالمي لحقوق الإنسان، فإن المغرب قد تحفظ على مقتضيات المادة 16 من هذا الأخير. ومن أثر التحفظ وقف تطبيق القاعدة التي تم التحفظ بشأنها.

ـ المثال الثاني :

تنص المادة 14 من الاتفاقية المتعلقة بحقوق الطفل[276] الصادرة عن الأمم المتحدة في 20 نونبر 1989 على أنه:

«1 . تحترم الدول الأطراف حق الطفل في حرية الفكر والوجدان أو الدين».

---

276 - دخلت حيز التنفيذ على المستوى الدولي في 2 شتنبر 1990، وصادق عليها المغرب في 14 يونيو 1993، وقام بإيداع أدوات الانضمام إليها في 21 يونيو 1993، مع تسجيل التحفظ الآتي:
"إن المملكة المغربية التي يضمن دستورها لكل واحد حرية ممارسة شؤونه الدينية تتحفظ على أحكام المادة الرابعة عشرة التي تعترف للطفل بالحق في حرية الدين، نظرا لأن الإسلام هو دين الدولة".
وقد نشرت هذه الاتفاقية بالجريدة الرسمية عدد 4440 بتاريخ 19 دجنبر 1996 طبقا لظهير النشر رقم 362.93.1 بتاريخ 21 يونيو 1996.

فحسب هذه القاعدة، للطفل ـ والحال أن أهليته ونموه العقلي لم تكتملا بعد ـ أن يتبع أي دين أو ملة أراد، بل وله أن يتنكر لكل الأديان السماوية أو غير السماوية، لأن الأمر يتعلق بحرية شخصية. ولأن الإسلام دين الدولة بنص في الدستور، ولأن المصادقة على تلك القاعدة من شأنها أن تفرغ ذلك النص الدستوري من محتواه، فإن المملكة المغربية، وهي تصادق على الاتفاقية أعلاه، قد تحفظت على المادة 14 منها.

المثال الثالث:

تنص المادة 16 من الاتفاقية الدولية المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة[277] على ما يلي:

«تضمن على أساس تساوي الرجل والمرأة:

أ- نفس الحق في عقد الزواج.

ب- نفس الحق في حرية اختيار الزوج وفي عدم عقد الزواج إلا برضاها الحر الكامل.

ج- نفس الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه[278].

د- نفس الحقوق والمسؤوليات كوالدة...

هـ- نفس الحقوق في أن تقرر بحرية وشعور من المسؤولية عدد أطفالها والفترة بين إنجاب طفل وآخر...

و- نفس الحقوق والمسؤوليات فيما يتعلق بالولاية والقوامة والوصاية على الأطفال وتبنيهم...».

وقد تحفظت الحكومة المغربية على هذه المادة[279]، وخصوصا ما يتعلق منها بتساوي الرجل والمرأة في الحقوق والمسؤوليات أثناء الزواج وعند فسخه. وذلك لكون مساواة من هذا القبيل تعتبر منافية للشريعة الإسلامية التي تضمن لكل من الزوجين حقوقا ومسؤوليات في إطار من التوازن والتكامل، وذلك حفاظا على الرباط المقدس للزواج.

---

277 - سبقت الإشارة إلى مراجعها.

278 - تجب الإشارة إلى أن الحكومة قد تحفظت على مقتضيات عديدة. توقفنا فقط عند التحفظ الخاص بالمادة 16 لأنه هو الذي يهم دراستنا. وعلى من يريد الاطلاع على التحفظات الأخرى أن يرجع للجريدة الرسمية عدد 4866 التي تتضمن الاتفاقية.

279 - ج.ر. عدد 5974 الصادرة في فاتح شتنبر 2011.

فأحكام الشريعة الإسلامية تلزم الزوج بأداء الصداق عند الزواج وبإعالة أسرته، في حين ليست المرأة ملزمة بمقتضى القانون بإعالة الأسرة.

كما أنه عند فسخ عقد الزواج، فإن الزوج ملزم بأداء النفقة، وعلى عكس ذلك تتمتع الزوجة بكامل الحرية في التصرف في مالها أثناء الزواج وعند فسخه دون رقابة الزوج، إذ لا ولاية للزوج على مال زوجته.

والتبني حرام في الشريعة وفي القانون المغربي.

ولهذه الأسباب، فإن الشريعة الإسلامية لا تخول حق الطلاق للمرأة إلا بتدخل القاضي.

ثالثا – رفع التحفظات الخاصة بالاتفاقية الدولية المتعلقة بالقضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة:

1) جاء في نص الرسالة الملكية الموجهة إلى المجتمع بمناسبة الاحتفال بالذكرى الستين (60) لحقوق الإنسان ما نصه:

تعزيزا للمسار الديمقراطي في المملكة: **«نعلن عن سحب المملكة المغربية للتحفظات المسجلة بشأن الاتفاقية الدولية للقضاء على كافة أشكال التمييز ضد المرأة التي أصبحت متجاوزة بفضل التشريعات المتقدمة التي أقرتها بلادنا...».**

ودفعا لكل التباس وسوء فهم، نسجل أن هناك بالفعل بعض التحفظات التي لم يعد لها محل على الإطلاق بعد صدور العديد من التشريعات المغربية وفي مقدمتها مدونة الأسرة وتعديل كل من قانون الجنسية والقانون الجنائي وهكذا.

ولا يمكن مطلقا أن يمتد التحفظ إلى ما تم تقريره شرعا بنصوص قطعية الثبوت والدلالة؛ ومن ذلك ما يخص قواعد الارث التي تندرج في مجال حدود الله.

فالمغرب بلد مسلم بالهوية وبالتاريخ وبالدستور وبإمارة المؤمنين؛ وقد سبق للملك نفسه أن أكد ـ ومثل أبيه ـ أنه ليس له أن يحلل حراما ولا أن يحرم حلالا.

2) الملك يرفع بعض التحفظات عن الاتفاقية المتعلقة بالقضاء على كل أشكال التمييز ضد المرأة:

صدر مؤخرا الظهير الشريف رقم 1.11.51 بتاريخ 2 أغسطس 2011 القاضي بنشر الإعلان عن رفع بعض التحفظات التي قررتها الحكومة المغربية بشأن الاتفاقية

الدولية المتعلقة بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، وفي مقدمتها تلك المتعلقة بالمادة 16 التي تهمنا في هذه الدراسة.

فقرة إحدى عشر ـ نطاق الدراسة ومجال البحث :

لقد رأينا فيما سبق أن مفهوم الأحوال الشخصية، وكذلك القواعد القانونية التي تحكمها واسع جدا يصعب حصره. ولأن المجال الزمني الذي نعمل في إطاره محدد سلفا ولا يمكن مطلقا أن يستوعب كل جوانب هذه المادة، فإننا سوف نقتصر على الوقوف عند أهم الأحكام الخاصة بالزواج وبانحلاله وعند أهم الآثار المترتبة عليهما، خاصة أن بعض الجوانب التي لها اتصال وثيق بالموضوع تدرس عادة في إطار مواد أخرى أو هي مستقلة بذاتها، ومن ذلك مثلا أن أحكام الأهلية وما يتصل بها تبحث عادة في مجال القانون المدني، وبالخصوص في إطار النظرية العامة للعقد، أما المواريث والوصية فتدرس كمادة مستقلة في آخر سنة من سنوات الإجازة.

وعليه فإن منهاج دراستنا سيكون كالآتي:

- **الباب الأول : الزواج.**
- **الباب الثاني : انحلال الزواج.**

على أن هذه الدراسة ستكون مقارنة، لأن المقارنة تساهم بقسط وافر في فهم النصوص فهما أحسن.

وسنعمل ما أمكن على ربط المادة بالواقع المعيش، عن طريق استثمار أكبر عدد ممكن من الاجتهاد القضائي المغربي المتوفر بكيفية تقرب مواضيع الكتاب إلى الأذهان.

وقد حافظنا على الطابع الأكاديمي للكتاب من حيث التحليل والنقاش والمصادر الفقهية المعتمدة، كما حافظنا على طابعه الشرعي بحيث لن نتجاوز أي نص قطعي الثبوت والدلالة وما أجمع عليه فقهاء الأمة.

الباب الأول

الــــــــزواج

تمهيـــــــد:

الزواج مؤسسة قانونية تنشأ بواسطة عقد يبرم بين رجل وامرأة، يصطلح على تسميته بعقد الزواج، تؤطره موضوعيا نصوص قانونية، تجد أساسها في كتاب الله تعالى وفي سنة رسوله ﷺ وفي تقريرات المجتهدين من فقهاء الشريعة الإسلامية على وجه العموم.

ولعقد الزواج مفهوم محدد وأركان وشروط يغلب عليها الطابع الآمر، حيث تقتصر حرية المتعاقدين على إبرامه، أما ما يخص مختلف آثاره فهي من وضع المشرع.

وسنتوقف بداية في هذا الباب عند مفهوم الزواج وأهميته، وحكمه الشرعي (أولا).

وكثيرا ما تسبق عقد الزواج مرحلة تعارف بين طرفيه يصطلح على تسميتها بالخطبة، وهي عبارة عن تواعد بالزواج في المستقبل بين رجل وامرأة، لذلك سندرس الخطبة وما يرتبط بها من إشكالات قانونية (ثانيا).

وبعد دراسة الخطبة، سنبين كيفية إبرام عقد الزواج، حيث نتوقف عند أركانه وشروط صحته وكيفية توثيقه وكيفية إثباته (ثالثا).

ويرتب عقد الزواج ـ بعد إبرامه ـ العديد من الآثار القانونية والشرعية، منها ما يخص طرفي العقد، ومنها ما يخص الأطفال، ومنها ما يخص الأقارب، تقتضي منا الدراسة إبرازها (رابعا).

وأخيرا فقد تختل أركان عقد الزواج أو شروط صحته، ومن هذه الناحية، فقد يكون ذلك العقد إما باطلا وإما فاسدا. وقد تولى المشرع تنظيم الزواج غير الصحيح وبين مختلف آثاره، وهو ما سنتولى تحليله في خاتمة هذا الباب. (خامسا).

وهكذا سيكون تقسيم دراستنا كالآتي :

- **الفصل الأول** : التعريف بالزواج وبالخطبة.
- **الفصل الثاني** : إنشاء عقد الزواج.
- **الفصل الثالث** : توثيق عقد الزواج وتسجيله وإثباته.
- **الفصل الرابع** : آثار عقد الزواج

ومن الملاحظ أنه - ولاعتبارات عملية ومنهجية - لم نتبع دائما فهرس مدونة الأسرة، وإن كنا لم نخالفه على مستوى المضمون.

الفصل الأول

التعريف بالزواج وبأحكام الخطبة

تمهيد :

للزواج مفهوم لغوي ومفهوم اصطلاحي محدد، وله أهمية اجتماعية ودينية بالغة.

وقد ناقش الفقهاء حكمه الشرعي من حيث الوجوب والحرمة والندب والكراهة، ورتبوا على ذلك آثارا غاية في الأهمية.

ومن مميزات عقد الزواج أن له مقدمة، من خلالها يتعرف كل من المقبلين على الزواج على بعضهما البعض، وهي الخطبة التي اعتبرها المشرع تواعدا بين الخطيبين على الزواج في المستقبل وليست بزواج.

وهكذا، سنقسم هذا الفصل إلى فرعين :

- **الفرع الأول** : تعريف الزواج وأهميته وحكمه الشرعي.
- **الفرع الثاني** : الخطبة.

الفرع الأول

تعريف الزواج وأهميته وحكمه الشرعي

تمهيـــد :

للزواج مفهوم جد محدد في اللغة وفي الاصطلاح.

وللزواج، وهو علاقة إنسانية بالأساس،ونظرا للوظيفة الكبرى التي يؤديها داخل المجتمع، أهمية خاصة بالمقارنة مع باقي العقود المدنية الأخرى، المرتبطة أساسا بتبادل الأموال والمنافع.

وللزواج أصل في الشريعة الإسلامية.

وأخيرا، فقد ناقش الفقهاء، بمختلف المذاهب، الطبيعة الشرعية للزواج من حيث الوجوب والندب والكراهة والتحريم.

أولا ـ معنى الزواج في اللغة وفي الاصطلاح ومشروعيته :

1 ـ معنى الزواج في اللغة :

يقصد بالزواج في اللغة اقتران أحد الشيئين بالآخر وارتباطهما بعد أن كان كل منهما منفصلا عن الآخر[1]. وفي لسان العرب: الزوج الفرد، حيث يقال زوج أو فرد.

يقال عادة زَوّجَ الشيء بالشيء أي قرنه به، ومن ذلك قول الله عـز وجل:

﴿ وزوجناهم بحور عين ﴾[2].

أي قرناهم بهن، وقوله جلت قدرته كذلك :

﴿ وإذا النفوس زوجت ﴾[3].

أي قرنت ببعضها البعض، وقوله عـــز من قائل:

﴿ احشروا الذين ظلموا وأزواجهم ﴾.

أي احشروهم مع قرنائهم الذين لم يكونوا لينكروا ظلمهم[4].

1 - ترتيب القاموس المحيط، المجلد الثاني، دار الفكر، ص. 489 و 490.

2 - سورة الطور الآية 18.

3 - سورة التكوير الآية 7.

4 - سورة الصافات الآية 22.

وقد شاع لفظ الزواج للدلالة، اجتماعيا، على اقتران الرجل بالمرأة على وجه مخصوص، حتى أصبح عند إطلاقه لا يفهم منه إلا هذا المعنى[5]، حيث اختلط المفهوم اللغوي للزواج بمقابله الاصطلاحي.

والزواج مرادف للنكاح في الشريعة الإسلامية على ما سنوضحه لاحقا.

2 ـ معنى الزواج في الاصطلاح :

أ ـ تعريف ابن عرفة للزواج:

جاء في حدود ابن عرفة ـ وهو فقيه مالكي ـ أنه :

«النكاح عقد على مجرد متعة التلذذ بآدمية غيـر موجب قيمتها ببينة قبله غيـر عالـم عاقدها حرمتها إن حرمها الكتاب علـى المشهور أو الإجماع على الآخـر».

فنحن أمام تعريف جد معقد من حيث تركيبته اللغوية، والمستنتج منه أن المرأة محل للعقد يتلذذ بها الزوج لا غير[6].

والحقيقة أن هذه النظرة التي سادت في عهود مظلمة بالنسبة للزوجة المسلمة، لم تعد مسايرة للعصر الحديث، حيث ارتقت المرأة عموما إلى مستوى نفس الحقوق التي يتمتع بها الرجل.

وانظر للتوسع حول هذه المفاهيم اللغوية :

- القرطبي، «مختصر تفسير القرطبي»، المجلد الرابع، ص. 186.

5 - محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، 1977، ص. 29.

6 - وانظر حول الشرح:

- أبو عبد الله محمد الأنصاري المشهور بالرصاع التونسي، كتاب شرح حدود الإمام الأكبر البركة القدوة الأنور أبي عبد الله بن عرفة، مطبعة فضالة، المحمدية، 1992، ص. 211.

ولفهم مقصود ابن عرفة بأسلوب مبسط انظر:

- محمد بن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1994، ص. 19.

وفي نفس الاتجاه، عرف بعضهم الزواج بأنه:

"عقد يوجب حل البضع قصدا". والبضع هو الوطء.

– الإمام بدر الدين العيني، – حنفي – نخب الأفكار في شرح معاني الآثار، نشر وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية قطر، المجلد 10، 2008، ص. 334.

فلقد أصبحت المرأة طرفا في العقد لا محلا له، وإن كان هنالك تلذذ فهو حق للزوجين معا لا للزوج وحده، مع الإشارة إلى أن للزواج غايات سامية أُخرى غير اللذة، إذ اللذة وسيلة لا غاية في ذاتها.

ورغم ذلك، فهناك من الفقهاء المسلمين من قرر بوضوح أن الاستمتاع هو حق للزوجة، كما هو حق للزوج، حيث يرى الفقيه المالكي الأندلسي ابن جزي الغرناطي مثلا، أن:

«...في الاستمتاع: الجماع واجب على الرجل والمرأة إذا انتفى العذر...»[7].

والعزل في رأيه :

«لا يجوز... إلا بإذنها...»[8]. وهو ما يفيد أنها شريكة في ذلك الاستمتاع، بل ولها موقفها من العزل، حيث لها أن تقبله ولها أن ترفضه.

ب - التعريف القانوني الحديث للزواج:

يتحدد معنى الزواج في الاصطلاح القانوني الإسلامي الحديث في أنه عقد يبرم أساسا بين رجل وامرأة، يترتب على إبرامه مباشرة حل استمتاع كلا من الزوجين بالآخر على الوجه المطلوب شرعا، ويجعل لكل منهما حقوقا وواجبات اتجاه الطرف الاخر[9].

وقريبا من هذا التعريف، إن الزواج «... يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة بما يحقق ما يقتضيه الطبع الإنساني وتعاونهما مدى الحياة ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليهما من واجبات»[10].

وجاء في المادة الأولى من قانون الأسرة السوري :

«الزواج عقد بين رجل وامرأة تحل له شرعا، غايته إنشاء رابطة للحياة المشتركة والنسل».

---

7 - ابن جزي، م.س، ص. 141.

8 - ابن جزي، بنفس الموضع.

9 - محمد يوسف موسى، «أحكام الأحوال الشخصية في الفقه الإسلامي»، دار الكتاب العربي، 1957، ص. 37.

وانظر في نفس الاتجاه:

- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1997، ج. 6، ص. 11.

10 - محمد أبو زهرة، «محاضرات في عقد الزواج وآثاره»، دار الفكر العربي، القاهرة، 1977، ص. 44.

وقد نصت المادة الرابعة من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:

«الزواج هو عقد يتم بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي، من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون وإحسان الزوجين والمحافظة على الأنساب».

ورأى المشرع القطري أن يؤكد على الطبيعة الشرعية للعقد المؤسس للرابطة الزوجية، فنص في المادة 9 منه على أنه:

«الزواج عقد شرعي بين رجل وامرأة على وجه الاستدامة، غايته السكن والاحصان».

وكما يطلق على هذا العقد لفظ الزواج، يطلق عليه أيضا لفظ النكاح، بل إن هذا اللفظ الأخير هو الأكثر شيوعا في الشريعة والفقه، ومن ذلك مثلا قوله تعالى:

﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن﴾[11].

وقوله تعالى كذلك :

﴿وأنكحوا الأيامى منكم﴾[12].

ومن ذلك قول الرسول الكريم ﷺ:

«لا نكاح إلا بولي»[13].

ومن ذلك قول السيدة عائشة أم المؤمنين رضي الله عنها:

«كان النكاح في الجاهلية على أربعة أنحاء... فلما بعث محمد ﷺ هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم». رواه البخاري.

---

11 - الآية 219 من سورة البقرة.

12 - الآية 32 من سورة النور.

الأيامى جمع أيم، يقول ابن منظور:

«والأيم في الأصل : التي لا زوج لها، بكرا كانت أم ثيبا، مطلقة كانت أو متوفى عنها... يقال للرجل الذي لم يتزوج أيم والمرأة أيمة إذا لم تتزوج...».

- لسان العرب، م.س، المجلد الأول، ص. 206.

13 - رواه أحمد والترمذي وأبو داود.

وفي المذهب الشافعي، النكاح والزواج لفظان تعبديان لا ينعقد الزواج إلا بهما لمن يحسن اللغة العربية.

انظر من أجل التوسع حول الموضوع:

- إمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، حققه د. عبد العظيم محمود الذيب، الجزء 12، دار المنهاج للنشر والتوزيع، جدة، المملكة العربية السعودية، 2009، ص. 170.

وثمة ألفاظ أخرى شاع استعمالها في هذا المقام مؤخرا كقولهم مثلا اقترن أحمد بفاطمة، فهي قرينته[14]، أي زوجته. واللفظ فيه شيء من المعنى اللغوي.

ويستنتج من التعريف الاصطلاحي المومأ إليه أعلاه، أنه بإبرام عقد الزواج صحيحا، يحل لكل من الزوجين الاستمتاع بصاحبه في حدود ما تقضي به مبادئ الشريعة[15]، وقد كان ذلك محرما عليهما قطعا قبل إبرام ذلك العقد، وإن جرت العادة أحيانا على تأخير ذلك الاستمتاع إلى حين إقامة حفلة الزفاف أو على الأقل إلى حين تهيىء بيت الزوجية. وهي عادة رأى المشرع المغربي أن يحدث لها أثرا على مستوى النصوص التشريعية.

على أنه إذا كان استمتاع الزوجة مقصورا على زوجها وحده، فإن للزوج أن

---

14 - المرحوم أستاذنا صلاح الدين زكي أحكام قانون الأسرة في الفقه الإسلامي والتشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1985، ص 17.

15 - ذلك أنه يمتنع على الزوج إتيان زوجته وهي في حيض أو نفاس، ودليل ذلك ما جاء في قوله عز وجل:
﴿ ويسألونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض ولا تقربوهن حتى يطهرن فإذا تطهرن فأتوهن من حيث أمركم الله إن الله يحب التوابين ويحب المتطهرين ﴾.
- الآية 222 من سورة البقرة.
والنص القرآني لا يعني أن الاتصال الجنسي بين الزوج وزوجته ممنوع أثناء الحيض، وإنما الممنوع أن يتم ذلك في مكان الحرث. ففي الحديث الذي رواه البخاري عن عائشة أنها قالت:
"كنت أغتسل أنا والنبي صلى الله عليه وسلم من إناء واحد كلانا جنب، وكان يأمرني فأتزر فيباشرني وأنا حائض".
ومعنى أتزر: أضع إزارا. والمعنى كذلك تستر سرتها وما تحتها إلى الركبة.
ومعنى يباشرني: يستمتع بي.
وعن ابن أبي داود: "أن رجلا سأل عائشة: ما يحل للرجل من امرأته إذا كانت حائضا، قالت: كل شيء إلا فرجها".
وقد رويت هذه الأحاديث بطرق وصيغ متعددة. وانظر لمزيد من الإيضاح:
- الإمام بدر الدين العيني، م.س، المجلد العاشر، ص. 412 وما بعدها.
ويمتنع على الزوج أن يأتي زوجته من دبرها، مع بعض الخلاف.
لقد حلل ذلك قوم بالاعتماد على ظاهر الآية الكريمة:
﴿ نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم ﴾ الآية 223.
غير أن الأحاديث متواترة بالتحريم:
1 - فهناك الحديث الذي أخرجه الطبراني وأحمد بن حنبل أن رسول الله ﷺ قال:
"إن الله لا يستحيي من الحق، لا تأتوا النساء في أدبارهن".
2 - وهناك الحديث الذي رواه أحمد بن حنبل أن رسول الله ﷺ وسلم قال:
"لا ينظر الله إلى رجل جامع امرأته في دبرها".
3 - وهناك الحديث الذي أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه أن رسول الله ﷺ قال:
"من أتى كاهنا فصدقه بما يقول، ومن أتى حائضا، ومن أتى امرأة في دبرها فقد برئ مما أنزل الله على محمد ﷺ".
وانظر لمزيد من المعلومات حول الموضوع:
- الإمام بدر الدين العيني، م.س، مجلد 10، ص. 432 وما بعدها.

يستمتع بزوجاته الأخريات مادام الله سبحانه وتعالى قد سمح له بتعددهن إلى حدود أربع، مصداقا لقوله:

﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ﴾[16].

وإن كانت مدونة الأسرة الصادرة بالقانون رقم 70 لسنة 2003 قد قيدت التعدد بكيفية صارمة جدا على ما يتضح من أحكام المواد من 40 إلى 46 منها، وهي أحكام سنتوقف عندها بعد حين.

وأخيرا، فكما ينصرف لفظ النكاح إلى عقد الزواج، قد ينصرف إلى الوطء - أو البناء - كذلك، أي الاتصال الجنسي بين الزوج وزوجته[17]، وهذا هو المتعارف عليه في

---

16 - سورة النساء، الآية 3.
سئل الإمام «النووي» هل الزواج من أعمال الآخرة أم من أعمال الدنيا وحظوظ النفوس، فأفتى وقال: إن قصد به شيئا من الطاعات بأن قصد الاقتداء برسول الله ﷺ أو تحصيل ولد صالح أو إعفاف نفسه وصيانة فرجه وعينه وقلبه، ونحو ذلك فهو من أعمال الآخرة، ويثاب عليه، وإن لم يقصد به شيئا من ذلك فهو مباح من أعمال الدنيا ولا ثواب فيه ولا إثم.
فالزواج له غايات دينية ووظائف دنيوية، وهو أمر لم يغب عن ذهن قدامى الفقهاء. يقول صاحب المبسوط الفقيه الحنفي السرخسي: «... وليس المقصود بهذا العقد قضاء الشهوة، وإنما المقصود ما بيناه من أسباب المصلحة، ولكن الله علق به قضاء الشهوة أيضا ليرغب فيه المطيع والعاصي، المطيع للمعاني الدينية والعاصي لقضاء الشهوة».
- المبسوط في الفقه الحنفي، المجلد الثاني، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (تحقيق إسماعيل الشافعي، 2009، ص. 216.
فالمتعة وإن كانت من أغراض الزواج إلا أنها ليست أسمى أغراضه، ولا أهم أهدافه. وقد اتجه بعض المعاصرين إلى تعريف شامل للزواج فعرفه «محمد أبو زهرة» بأنه: «عقد يفيد حل العشرة بين الرجل والمرأة، وتعاونهما، ويحدد ما لكليهما من حقوق وما عليه من واجبات».
وانظر حول الموضوع:
- محمد كمال الدين إمام، الزواج والطلاق في الفقه الإسلامي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 1996، ص. 31.

17 - يرى ابن تيمية أن الزواج حقيقة في الضم وله فردان، ضم الألفاظ وتداخلها وهو العقد، وضم الأجسام وهو المخالطة الجنسية.
أشار إليه محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، دراسة مقارنة، 1977، دار النهضة العربية بيروت، ص 31 (الهامش).
وانظر لمزيد من الإيضاح حول الموضوع في المذهب الحنبلي:
- موفق الدين وشمس الدين بن قدامة، المغني والشرح الكبير على متن المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، المجلد السابع، دار الفكر، 1984، ص. 333.
ويقول السرخسي في المبسوط:
«النكاح في اللغة عبارة عن الوطء ثم يستعار للعقد مجازا إما لأنه سبب شرعي يتوسط به إلى الوطء أو لأن في العقد معنى الضم، فإن أحدهما ينضم إلى الآخر ويكونان كشخص واحد في القيام بمصالح المعيشة».
- أبو بكر محمد بن أحمد بن أبي سهل السرخسي، المبسوط في الفقه الحنفي، المجلد الثاني، الجزء الرابع، دار

اللغة الدارجة بين المغاربة، وله أصل في لغة العرب الذين يستعملون اللفظ للدلالة على معان ثلاثة، وهي العقد والمخالطة الجنسية والضم[18]. والعبرة في تعيين القصد من هذه الألفاظ إنما يكون بحسب سياقها داخل الكلام، مع العلم أن المشرع المغربي قد استغنى في مدونة الأسرة عن لفظ النكاح واقتصر على لفظ الزواج فقط، لاعتبارات لا يقبلها منطق شريعة الله.

ومن البديهي أنه في غياب عقد الزواج بين الرجل والمرأة فكل اتصال جنسي بينهما عن قصد فهو زنا ـ أي مجرد سفاح ـ في الشرع، وهو ما سماه المشرع المغربي في المادة الجنائية بالفساد[19].

3 – مشروعية الزواج :

الزواج مسألة غريزية في الإنسان، والله جلت قدرته هو الذي فطر الناس عليه.

والزواج مشروع بالكتاب وبالسنة وبأفعال الصحابة وأقوالهم رضوان الله عليهم.

أ – في الكتاب:

يقول الله تعالى في كتابه العزيز:

الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2009، ص 213.

والرأي أعلاه هو السائد في الفقه المالكي بدوره، فقد ورد في كتاب مواهب الجليل للحطاب: «النكاح حقيقة التداخل ويطلق في الشرع على العقد والوطء وأكثر استعماله في العقد والصحيح أنه لا يطلق على الصداق وقيل ورد بمعنى الصداق في قوله وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا ابن رشد لا خلاف أنه حقيقة في الوطء عند أهل اللغة وأما إطلاقه على العقد فقيل حقيقة والصحيح أنه مجاز وعليه فقيل مجاز مساو وقيل راجح وهو الصحيح...».

ـ المجلد الثالث، م.س، ص 403.

وورد فيه أيضا : «كل نكاح في كتاب الله المراد به العقد إلا قوله حتى تنكح زوجا غيره...».

ـ م.س، بنفس الموضع.

ونضيف إلى ذلك قوله تعالى: ﴿الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة﴾، إذ المقصود هنا الوطء لا الزواج.

وانظر حول الفكرة كذلك :

ـ محمد بن عبد الله بن علي الخرشي المالكي على مختصر سيدي خليل، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الرابع، 1997، ص 120 وما بعدها.

ـ أبو القاسم بن أحمد البلوي التونسي المعروف بالبرزلي، فتاوى البرزلي، جامع مسائل الأحكام لما نزل من القضايا بالمفتين والحكام، الجزء الثاني، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 2002، ص 173 وما بعدها.

18 – محمد مصطفى شلبي، م.س، ص 31.

19 – راجع الفصل 490 من مجموعة القانون الجنائي الذي يعرف جريمة الفساد.

﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ الآية 3 من سورة النساء.

ويقول جلت قدرته كذلك:

﴿وانكحوا الأيامى منكم﴾ الآية 32 من سورة النور.

ب – في السنة:

جاء في الحديث:

«يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج...».

وجاء في حديث آخر:

«إني أتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني».

والحديثان متفق عليهما.

ج – في أقوال الصحابة وأفعالهم:

الزواج سنة أصر صحابة رسول الله على الاقتداء بها. قال ابن مسعود رضي الله عنه: «لو لم يبق من أجلي إلا عشرة أيام وأعلم أني أموت في آخرها لتزوجت مخافة الفتنة»[20].

ويقول ابن قدامة المقدسي – وهو فقيه حنبلي:

«النكاح سنة والاشتغال به أفضل من التخلي لنوافل العبادة»[21].

ثانيا ـ أهمية عقد الزواج ومكانته :

الزواج سنة الله في خلقه، حيث يستفاد ذلك من خطابه إلى رسوله الكريم محمد ﷺ :

﴿ ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية ﴾[22].

---

20 – موفق الدين عبد الله أحمد بن قدامة المقدسي، المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل الشيباني، الجزء الثالث، 1393، ص 3.

21 – ابن قدامة المقدسي، م.س، ج 3 بنفس الموضوع.

22 – الآية 38 من سورة الرعد.

ذكر القرطبي في الجامع لأحكام القرآن بشأن هذه الآية مسألتين:

"الأولى – قيل إن اليهود عابوا على النبي صلى الله عليه وسلم الأزواج وعيرته بذلك وقالوا: ما نرى لهذا

وعقد الزواج أسمى وأجل من أن يكون مجرد عقد تمليك لعين أو لمنفعة كعقد البيع أو عقد الهبة أو عقد الكراء أو عقد الشركة، بل هو عهد وميثاق[23] بين الزوجين يرتبطان به ارتباطا وثيقا مدى الحياة، وينمدج كل منهما في الآخر اندماجا كليا، كما يدل على ذلك قول الله تعالى من خلال نص بالغ الروعة:

﴿هن لباس لكم وأنتم لباس لهن﴾[24].

أي أن كلا من الرجل والمرأة ستر لصاحبه، تماما كما يستر الثوب لابسه من أن تظهر عوراته[25]. ومن ثمة أوجب الله جلت قدرته في إطار العلاقة التي ينشؤها ذلك العقد، المعاشرة بالمعروف وإن كان هناك فراق فيجب أن يتم كذلك بالإحسان، تطبيقا لأمر من الله سبحانه وتعالى[26]، بل، وإن هذه الآية الكريمة تعبر عن التمازج النفسي الذي يجب أن يسود بين الزوجين.

الرجل همة إلا النساء والنكاح، ولو كان نبيا لشغله أمر النبوة عن النساء، فأنزل الله هذه الآية، وذكرهم أمر داود وسليمان فقال:

﴿ولقد أرسلنا رسلا من قبلك وجعلنا لهم أزواجا وذرية﴾، أي جعلناهم بشرا يقضون ما أحل الله من شهوات الدنيا، وإنما التخصيص في الوحي.

الثانية – هذه الآية تدل على الترغيب في النكاح والحض عليه، وتنهى عن التبتل وهو ترك النكاح، وهذه سنة المرسلين، كما نصت عليه هذه الآية، والسنة واردة بمعناها قال صلى الله عليه وسلم: "تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم". وقال: "من تزوج فقد استكمل نصف الدين فليتق الله في النصف الثاني". ومعنى ذلك أن النكاح يعف عن الزنى، والعفاف...".

– م.س، ج. 9، ص. 327.

23 - وقد سماه الحق سبحانه وتعالى كذلك في الآية 20 من سورة النساء.

﴿وأخذن منكم ميثاقا غليظا﴾

والميثاق هو العهد المؤكد ويطلقه بعض المفسرين لكتاب الله على عقد الزواج.

- الصابوني: صفوة التفاسير، الأفق للطباعة والنشر (م-ط-غ-م)، الجزء الأول، 2004، ص. 228.

24 - الآية 187 من سورة البقرة.

25 - جاء في مختصر تفسير القرطبي:

«قوله تعالى: ﴿هن لباس لكم﴾ ابتداء وخبر، ﴿وأنتم لباس لهن﴾، أصل اللباس في الثياب، ثم سمي امتزاج كل واحد من الزوجين بصاحبه لباسا لانضمام الجسدين وامتزاجهما وتلازمهما تشبيها بالثوب. وقال بعضهم: يقال لما ستر الشيء وداراه: لباس. فجائز أن يكون كل واحد منهما سترا لصاحبه عما لا يحل، كما ورد في الخبر وقيل: لأن كل واحد منهما ستر لصاحبه فيما يكون بينهما من الجماع من ابصار الناس. وقال أبو عبيد وغيره: يقال للمرأة هي لباسك وفراشك وإزارك. وقال الربيع: هن فراش لكم وأنتم لحاف لهن. مجاهد: أي سكن لكم أي يسكن بعضكم إلى بعض».

- القرطبي: «مختصر تفسير القرطبي»، المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001، ص. 206.

26 - يقول الله تعالى في محكم كتابه العزيز:

﴿وعاشروهن بالمعروف﴾.

– الآية 19 من سورة النساء.

وقد تنبه المشرع المغربي إلى خاصية الزواج هذه وإلى غاياته فعرفه تعريفا مثاليا من خلال المادة الرابعة من مدونة الأسرة وقد جاء فيها ما يلي:

«الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجين طبقا لأحكام هذه المدونة»[27].

ويتضح من منطوق هذا النص الذي يعرف الزواج من حيث أهدافه أننا أمام عقد شرعي يوثق الزوجين إلى بعضهما البعض برباط معنوي على وجه التأبيد، ليوفر لهما الإحصان والعفة في أحضان أسرة متماسكة البنيان، ثابتة الدعائم، ينهضان معا بأعبائها، تسودها الطمأنينة والود والاحترام، تناط رعايتها بالزوج والزوجة على قدم المساواة[28]، حيث البيت بيتهما والأولاد أولادهما والمعيشة مشتركة بينهما.

ولا تقتصر أهمية الزواج بين الرجل والمرأة في التوادد والتساكن الشرعي بينهما، وإنما هو بالأساس وسيلة الله تعالى للحفاظ على النوع البشري وتعمير الكون وخلافة الله في الأرض.

1. فمن حيث تعمير الكون، يقول تعالى وهو خير القائلين:

﴿يا أيها الناس اتقوا ربكم الذي خلقكم من نفس واحدة وخلق منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء﴾[29].

ومع هذه الآية ينسجم حديث رسول الله ﷺ:

«تناكحوا تناسلوا فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة»[30].

---

27 - ومن باب المقارنة، فقد نص الفصل الأول من قانون الأحوال الشخصية الملغى على ما يلي:

«الزواج ميثاق ترابط وتماسك شرعي بين رجل وامرأة على وجه البقاء غايته الإحصان والعفاف مع تكثير سواد الأمة بإنشاء أسرة تحت رعاية الزوج على أسس مستقرة تكفل للمتعاقدين تحمل أعبائها في طمأنينة وسلام وود واحترام».

ولعل من أهم التغييرات التي طرأت على هذا النص نذكر على وجه الخصوص:

أ- اختفاء عبارة: «مع تكثير سواد الأمة».

ب- الانتقال بالأسرة من رعاية الزوج إلى رعاية الزوجين معا.

ج- استبدال كلمة تماسك بكلمة تراض للتدليل على الجانب التعاقدي في علاقة الزواج.

28 - أستاذنا المرحوم صلاح الدين زكي م.س، ص. 18.

29 - الآية الأولى من سورة النساء.

30 - رواه أحمد والبيهقي.

2. ومن حيث خلافة الله في الأرض، يقول عز من قائل:

﴿وإذ قال ربك للملائكة إني جاعل في الأرض خليفة قالوا أتجعل فيها من يفسد فيها ويسفك الدماء ونحن نسبح بحمدك ونقدس لك قال إني أعلم ما لا تعلمون﴾[31].

ونظرا للأهمية البالغة التي تحضى بها مؤسسة الزواج في الشريعة الإسلامية، فقد جعل الله تعالى الزواج آية من آياته، وجعله رسوله الكريم سنة من سننه، يرشد إلى ذلك قوله تعالى:

﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾[32].

وقول رسوله الكريم:

«... فمن رغب عن سنتي فليس مني»[33].

والسنة المقصودة في هذا الحديث الشريف هي الزواج بطبيعة الحال.

وأثر عن ابن مسعود أنه قال: «لَوْ لم يبق من أجلي إلا عشرة أيام وأعلم أنني أموت في آخرها لتزوجت مخافة الفتنة». وقال بعض الفقهاء: «إن النكاح سنة والاشتغال به أفضل العبادة»[34].

---

31 - الآية 29 من سورة البقرة.

وجاء في آية أخرى:

﴿هو الذي جعلكم خلائف في الأرض﴾.

الآية 39 من سورة فاطر.

وجاء في حديث لرسول الله صلى الله عليه وسلم:

"إن الدنيا حلوة خضرة وإن الله مستخلفكم فيها، فينظر كيف تعملون".

رواه مسلم من حديث أبي سعيد الخدري.

32 - الآية 20 من سورة الروم.

يقول تعالى:

﴿...ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا﴾، أي من آياته الدالة على عظمته وكمال قدرته أن خلق لكم من جنسكم ونوعكم نساء آدميات مثلكم... ﴿لتسكنوا إليها﴾، أي لتميلوا إليهن وتألفوهن ﴿وجعل بينكم مودة ورحمة﴾، أي وجعل بين الأزواج والزوجات محبة وشفقة، قال ابن عباس: المودة حب الرجل امرأته، والرحمة شفقته عليها أن يصيبها بسوء ﴿إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾، أي إن فيما ذكر لعبرا عظيمة لقوم يتفكرون في قدرة الله وعظمته...».

- محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، المجلد الثاني، الأفق للطباعة والنشر، (م.ط.غ.م)، 2004، ص. 418 و419.

33 - أخرجه البخاري ومسلم والنسائي.

34 - المقنع، م.س، الجزء الثالث، ص. 3.

وفي اعتقادنا، فإن الزواج هو التعبير المعنوي الواضح عن العلاقة الإنسانية الخاصة الذي تنشأ الأسرة بانعقاده، وهو تعبير رائع يكشف عن علاقة فريدة بين ذاتين لا تفنى إحداهما في الأخرى ولا تنفصل عنها في نفس الوقت، وإنما ترتبطان برباط لا شبيه له، يتداخل فيه الإحساس بالذات مع الإحساس بالغير، ويتداخل الشعوران في انسجام تنفرد به المخلوقات العليا من خلق الله.

ومن البديهي أن الأمر يتعلق بعلاقة شرعية بين ذكر وأنثى.

وأخيرا فإن الزواج بهذا المعنى السامي هو ترجمة لقوله عز من قائل:

﴿ولقد كرمنا بني آدم﴾[35].

لأنه جلت قدرته لم يترك الأزواج في تساكنهم واتصالهم يلتقون كما تلتقي البهائم في الخلاء، ثم يفترقون، يقول الزرقاني مبرزا أهمية الزواج إلى جانب البيع:

«ففي القبس البيع والنكاح عقدان يتعلق بهما قوام العالم لأن الله خلق الإنسان محتاجا إلى الغذاء ومفتقرا إلى النساء وخلق له ما في الأرض جميعا كما أخبر في كتابه»[36].

ويرى الغزالي في كتاب الإحياء أن في الزواج خمس فوائد:

«... الولد، وكسر الشهوة، وتدبير المنزل، وكثرة العشيرة، ومجاهدة النفس بالقيام بهن...»[37].

وتمام هذا الحديث أنه روي عن أنس: أن ثلاثة نفر من أصحاب رسول الله ﷺ قال أحدهم: لا أتزوج، وقال الآخر: أصلي ولا أنام، وقال الثالث: أصوم ولا أفطر، فقال ﷺ: "ما بال أقوام قالوا كذا وكذا لكني أصوم وأفطر وأصلي وأنام وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني".

35 - الآية 70 من سورة الإسراء.

36 - الزرقاني، شرح الزرقاني على مختصر سيدي خليل، الجزء الخامس، دار الفكر، ص. 2.

37 - الإمام أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، الجزء الثاني، دار الريان للتراث، 1987، ص. 25 وما بعدها.

وحسب السرخسي:

"... يتعلق بهذا العقد أنواع من المصالح الدينية والدنيوية من ذلك حفظ النساء والقيام عليهن، والإنفاق ومن ذلك صيانة النفس عن الزنا، ومن ذلك تكثير عباد الله، وأمة الرسول ﷺ وتحقيق مباهاة الرسول، كما قال: "تناكحوا تناسلوا تكثروا فإني مباه بكم الأمم يوم القيامة" وسببه تعلق البقاء المقدور به إلى وقته، فإن الله تعالى حكم ببقاء العالم إلى قيام الساعة، وبالتناسل يكون هذا البقاء، وهذا التناسل عادة لا يكون إلا بين الذكور والإناث...".

- م.س، المجلد الثاني، الجزء الرابع، ص. 214.

وهكذا، ولكل ما سبق بيانه، لا غرابة في أن يرفع المشرع المغربي عقد الزواج إلى مستوى الميثاق l'acte solennel الناتج عن التراضي والترابط الشرعي بين رجل وامرأة بغاية الإحصان والعفاف، وهو المشتق من قوله تعالى:

﴿ وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا ﴾[38].

ثالثا ـ الأنكحة التي أبطلها الإسلام :

يعتبر الإسلام في حقيقته دين الفطرة السليمة، لذلك فإن أول ما قام به قد تمثل في تهذيب العادات والأعراف التي سادت بين العرب في الجاهلية والتي كانت تسيء إلى المرأة بالخصوص. وفيما يخص أنماط الأنكحة التي سادت في تلك الفترة، فقد ذكر البخاري في صحيحه أن عائشة رضي الله عنها، زوجة الرسول صلى الله عليه وسلم قالت:

«كان النكاح في الجاهلية على أربعة أنحاء : فنكاح منها نكاح الناس اليوم، يخطب الرجل إلى الرجل وليته أو ابنته، فيصدقها ثم ينكحها. ونكاح آخر كان الرجل يقول لامرأته إذا طهرت من طمثها[39] أرسلي إلى فلان فاستبضعي[40] منه، ويعتزلها

ويقول أبو إسحاق الشاطبي في الموافقات:

«...النكاح فإنه مشروع على التناسل على القصد الأول، ويليه طلب السكن والازدواج والتعاون على المصالح الدنيوية والأخروية من الاستمتاع بالحلال والنظر إلى ما خلق الله من المحاسن في النساء والتجمل بمال المرأة أو قيامها عليه وعلى أولاده منها، أو من غيرها أو إخوته، والتحفظ من الوقوع في المحظور من شهوة الفرج ونظر العين والازدياد من الشكر بمزيد النعم من الله على العبد وما أشبه ذلك. فجميع هذا مقصود للشارع من شرع النكاح منصوص إليه ومنه ما علم بدليل آخر ومسلك استقرئ من ذلك المنصوص وذلك أن ما نص عليه من هذه المقاصد التوابع هو مثبت للمقصد الأصلي ومقو لحكمته ومستدع لإطالته وإدامته ومستجلب لتوالي التراحم والتواصل والتعاطف الذي يحصل به مقصد الشارع الأصلي من التناسل...».

ـ الموافقات في أصول الشريعة، الجزء الثاني من المجلد الأول، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (د.ع.م)، ص 301.

38 - الآية 21 من سورة النساء.

39 - طَمَثَ وطَمِثَت المرأة حاضت فهي طامث أي حائض.

والطمث : دم الحيض.

ـ انظر ترتيب القاموس المحيط م.س.

40 - جاء في لسان العرب:

«...اختلف الناس في البُضع فقال قوم هو الفرج، وقال قوم هو الجماع، وقد قيل هو عقد النكاح...

زوجها حتى يتبين حملها، فإذا تبين، أصابها إذا أحب، وإنما يفعل ذلك طمعا في نجابة الولد، ويسمى هذا النكاح نكاح الاستبضاع. ونكاح آخر يجتمع الرهط[41] ما دون العشرة فيدخلون على المرأة كلهم يصيبها، فإذا حملت ووضعت ومر عليها عدة ليال، أرسلت إليهم فلا يستطيع رجل منهم أن يمتنع حتى يجتمعوا عندها، تقول لهم قد عرفتم ما كان من أمركم وقد ولدت فهو ابنك يا فلان وتسمي من أحبت باسمه فيلحق به ولدها، لا يستطيع أن يمتنع عنه الرجل، ونكاح رابع يجتمع ناس كثير فيدخلون على المرأة، لا تمتنع ممن جاءها وهن البغايا، ينصبن على أبوابهن رايات تكون علما، فمن أرادهن دخل عليهن، فإذا حملت إحداهن ووضعت جمعوا القافة، ثم ألحقوا ولدها بالذي يرون، فالتاط به – أي التصق به – ودعي ابنه، لا يمتنع من ذلك. فلما بعث محمد ﷺ بالحق هدم نكاح الجاهلية كله إلا نكاح الناس اليوم...».

وبالإضافة إلى الأنكحة التي ذكرتها عائشة زوج النبي رضي الله عنها، هناك نكاح الخدن حيث كان العرب في الجاهلية يقولون ما استتر فلا بأس به وما ظهر فهو لؤم، وهو المقصود في قوله تعالى:

﴿ محصنات غير مسافحات ولا متخذات أخدان ﴾[42].

وهناك نكاح البدل، وهو أن يقول الرجل لآخر انزل لي عن امرأتك أنزل لك عن امرأتي وأزيدك.

الاستبضاع هو من نكاح الجاهلية، هو استفعال من البُضع الجماع، وذلك أن تطلب المرأة جماع الرجل لتنال منه الولد فقط...».

ـ ابن منظور، م.س، ص. 306.

41 - الرهط عدد يجمع من الثلاثة إلى العشرة وليس فيهم امرأة.

ـ انظر ترتيب القاموس المحيط م.س.

42 - الآية 25 من سورة النساء.

جاء في مختصر تفسير القرطبي بشأن هذه الآية: «... وقوله تعالى : ﴿ مُحْصَنَاتٍ ﴾ أي عفائف ﴿ غَيْرَ مُسَافِحَاتٍ ﴾، أي غير زوان أي معلنات للزنى، لأن أهل الجاهلية كان فيهم الزواني في العلانية، ولهن رايات منصوبات كراية البيطار. ﴿ ولا مُتَّخِذَاتِ أَخْدَانٍ ﴾ النساء 25 أصدقاء على الفاحشة، وأحدهم خدن وخدين، وهو الذي يخادنك ورجل خدنة، إذا اتخذ أخدانا أي أصحابا، عن أبي زيد. وقيل... المسافحة المجاهرة بالزنى، أي التي تكري نفسها لذلك. وذات الخدن هي التي تزني سرا. وقيل... المسافحة المبذولة، وذات الخدن التي تزني بواحد وكانت العرب تعيب الإعلان بالزنا، ولا تعيب اتخاذ الأخدان، ثم رفع الإسلام جميع ذلك، وفي ذلك نزل قوله تعالى: ﴿ ولا تَقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن ﴾ الأنعام 151.

وهناك نكاح الضيزن وهو وراثة الأرامل[43]، وقد وصفه الله سبحانه وتعالى بثلاثة أوصاف قبيحة، حيث قال:

﴿إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا﴾[44].

وهناك نكاح المضامدة، وكانت تطلق في الجاهلية على معاشرة المرأة لغير

---

43 - ففي العصر الجاهلي، كان الرجل إذا مات وترك زوجته وكان له أولاد من غيرها، ورث نكاحها أكبر أولاده في جملة ما يرثه من مال أبيه، فإذا أعرض عنها انتقل حقه إلى الذي يليه، فتصبح زوجة لمن وقعت في نصيبه من أولاد زوجها من غير مهر ولا عقد. وإذا لم يكن للهالك ولد يرث نكاحها، انتقل الحق إلى أقرب أقرباء الميت. وكان من حق الولد الذي آلت إليه زوجة أبيه أن يمنعها من الزواج، إلا إذا أرضته بمال، وقد أطلق على هذا الوارث الضيزن.

وإذا تزوج ابن الميت زوجة أبيه، كان أولاده منها إخوته، وفي ذلك يقول عمرو بن معد يكرب، وقد تزوج في الجاهلية زوجة أبيه فكرهته.

فلــولا إخوتي وبنــي منها ملأت لها بذي شطب يميني

وقد كان هذا النكاح شائعا في بلاد فارس، ومنه انتقل إلى بلاد العرب، وقد كان عندهم نكاحا مذموما يدعونه «نكاح المقت» والمولد منه مقيت، وقد عير أوس بن حجر الكندي ثلاثة إخوة من بني قيس تناوبوا على زوجة أبيهم فقال فيهم:

والفارسية فيهم غير منكرة فكلهم لأبيهم ضيزن سلف

والضيزن الشريك، وأطلق في الجاهلية على الذي يزاحم أباه في زوجته.

وتجب الإشارة إلى أن الله عز وجل قد أشار إلى هذا النوع من النكاح بقوله:

﴿يا أيها الذين آمنوا لا يحل لكم أن ترثوا النساء كرها...﴾ الآية 19 من سورة النساء،

كما حرمه سبحانه وتعالى تحريما قاطعا في قوله:

﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا﴾ الآية 22 من سورة النساء.

انظر من أجل التوسع:

- أبو جعفر بن جرير الطبري، تفسير الطبري المسمى جامع البيان في تأويل القرآن، المجلد الثالث (3و4) المكتبة التوفيقية، القاهرة، 2004، ص 332 وما بعدها.

- عبد السلام الترمانيني، «الزواج عند العرب في الجاهلية وفي الإسلام»، كتاب نشر ضمن سلسلة عالم المعرفة، ص 50 وما بعدها.

44 - الآية 21 من سورة النساء.

جاء في الجامع لأحكام القرآن للعلامة القرطبي بشأن هذه الآية الكريمة:

قوله تعالى:

﴿إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا﴾ عقب بالذم البالغ المتتابع، وذلك دليل على أنه فعل انتهى من القبح إلى الغاية. قال أبو العباس: سألت ابن الأعرابي عن نكاح المقت فقال: هو أن يتزوج الرجل امرأة أبيه إذا طلقها أو مات عنها. ويقال لهذا الرجل الضيزن. وقال ابن عرفة: كانت العرب إذا تزوج الرجل امرأة أبيه فأولدها قيل للولد: المقتي. وأصل المقت البغض، من مقته يمقته مقتا فهو ممقوت ومقيت. فكانت العرب تقول للرجل من امرأة أبيه مقيت، فسمى تعالى هذا النكاح مقتا، إذ هو ذا مقت يلحق فاعله".

- م.س، ج 5، ص 104 و105.

زوجها. وكانت تلتجئ إليه نساء الجماعات الفقيرة زمن القحط حيث يضطرها الجوع إلى دفع نسائها في المواسم التي تعقد فيها الأسواق لمضامدة رجل غني، تحبس المرأة نفسها عليه حتى إذا اغتنيت بالمال والطعام عادت إلى زوجها[45].

وهناك نكاح الشغار ونكاح المتعة المحرمان شرعا[46]. وسنرجع إليهما فيما بعد.

وفي العصر الجاهلي، كان الجمع بين الأختين مسألة عادية جدا، إلى أن تم تحريمه بكيفية قاطعة في سورة النساء، (الآية 23).

ونظرا للأضرار الكثيرة التي تنتج عن مثل هذه الأنكحة، ومنها ما كشف عنه الطب الحديث، بالإضافة إلى حطها كثيرا من قدر المرأة داخل المجتمع، فقد حرمها الإسلام تحريما مطلقا، حيث لم يستبق منها إلا النكاح الشرعي القائم على الأركان والشروط التي عينتها الشريعة الإسلامية، وتبناها القانون الوضعي في الوقت الراهن.

رابعا - قاعدة تحريم البغاء والزنا في الإسلام :

يستفاد من كل ما سبق بيانه أن البغاء والزنا[47] كانا من العادات القبيحة عند

---

45 - الترمانيني، م.س، ص 20.

46 - للزيادة في الإيضاح حول هذه الأنكحة راجع بالخصوص:

- عبد النبي ميكو، مرجع سابق، ص 13 وما بعدها.

- عبد السلام الترمانيني، «الزواج عند العرب في الجاهلية وفي الإسلام»، م.س، ص 16 وما بعدها.

وبالإضافة إلى ما سبق بيانه، فقد كان عرب الجاهلية يرون تعدد الزوجات دون حد معين. فلما جاء الإسلام لم يقض على تعدد الزوجات قضاء مبرما، ولم يتركه على الصورة التي كان عليها في الجاهلية، بل توسط في الأمر وأباح التعدد في حدود أربع نسوة، متى أمن الرجل العدل في معاملة زوجاته مصداقا لقوله تعالى: ﴿فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة﴾. الآية الثالثة من سورة النساء.

وكان الطلاق عندهم لا يقف عند حد أيضا، فكان الرجل يطلق ما شاء ويراجع ما شاء، وهكذا كانت المرأة تقضي دهرها لا هي زوجة ولا هي مطلقة، فلما جاء الإسلام رفع عنها هذا الحيف، حيث قصر الطلاق على ثلاث مرات يراجعها عقب الأولى والثانية، فإن طلق الثالثة بانت منه ولا سبيل له عليها، حتى تنكح زوجا غيره ويطلقها طلاقا بائنا أو يتوفى عنها. وروى عروة عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت: كان الرجل في الجاهلية يطلق امرأته ما شاء أن يطلقها وهي امرأته إذا ارتجعها وهي في العدة، وإن طلقها مائة مرة أو أكثر حتى قال رجل لامرأته: والله لا أطلقك فتبيني مني ولا آويك أبدا قالت: وكيف ذلك؟ قال: أطلقك فكلما هممت عدتك أن تنقضي راجعتك، فذهبت المرأة حتى دخلت على عائشة فأخبرتها، فسكتت عائشة حتى جاء النبي ﷺ فأخبرته فسكت النبي حتى نزل القرآن ﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾، الآية 227 من سورة البقرة.

- أحمد محمد الخليفي الشبلي، «عقود الزواج الفاسدة في الإسلام»، طرابلس، ليبيا، 1983، ص 20.

47 - يطلق البغاء على زنا المرأة متى كان لقاء أجر، أي بدافع الكسب إذا دعت الحاجة إليه، أما إذا كان بدون أجر ولم تدع الحاجة إليه فهو الزنا، وفي الحالتين معا فإن الرجل يعاشر امرأة غير زوجته، أي لا تربطه بها علاقة

العرب في الجاهلية، فقرر الله سبحانه وتعالى التنبيه إلى تحريمهما تحريما قاطعا في أكثر من آية بينة، نقف عند أمثلة منها:

فقد بدأ التحريم في مكة عندما بين القرآن الكريم أوصاف المؤمنين قبل أن يتأكد ذلك مجددا بالمدينة المنورة:

1 - ﴿ وعباد الرحمن الذين يمشون على الأرض هونا وإذا خاطبهم الجاهلون قالوا سلاما. والذين يبيتون لربهم سجدا وقياما والذين يقولون ربنا اصرف عنا عذاب جهنم إن عذابها كان غراما. إنها ساءت مستقرا ومقاما. والذين إذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما. والذين لا يدعون مع الله إلها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله إلا بالحق ولا يزنون ومن يفعل ذلك يلق أثاما ﴾[48].

2 - ﴿ ولا تقتلوا أولادكم خشية إملاق نحن نرزقهم وإياكم إن قتلهم كان خطئا كبيرا ولا تقربوا الزنا إنه كان فاحشة وساء سبيلا ﴾[49].

وفي المدينة المنورة، ورد النهي عن الزنا في مبايعة النساء للنبي ﷺ:

﴿ يا أيها النبي إذا جاءك المومنات يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيئا ولا يسرقن ولا يزنين ولا يقتلن أولادهن ولا يأتين ببهتان يفترينه بين أيديهن وأرجلهن ولا يعصينك في معروف فبايعهن ﴾[50].

ثم حرم الإسلام البغاء، وكان يتعاطاه الإماء بالخصوص، ومنهن من كان مالكها يكرهها عليه لقاء أداء ضريبة - أي قدر من المال - تدفعها إليه من كسبها. وقد أتت إلى النبي ﷺ جارية لعبد الله ابن أبي تدعى معاذة وشكت إليه أمرها. فنزلت الآية الكريمة المحكمة:

﴿ ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء إن أردن تحصنا لتبتغوا عرض الحياة الدنيا ﴾[51].

زواج شرعية.
- الترمانيني، م. س، ص. 25.
48 - الفرقان، الآيات من 63 إلى 68.
49 - الإسراء، الآيتان 31 و32.
50 - الممتحنة، الآية 12.
51 - النور، الآية 33.

وأخيرا، ونظرا للمضار الكثيرة التي تترتب على فعل الزنا في كل صوره وأشكاله وبهدف تجنبه، فقد وضع له الله سبحانه وتعالى حدا علنيا قاسيا جاء النص عليه في سورة النور:

﴿ الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم تومنون بالله واليوم الآخر وليشهد عذابهما طائفة من المومنين ﴾[52].

وأجمع فقهاء الشريعة الإسلامية على أن الحد المنصوص عليه في النص القرآني أعلاه إنما يطبق على غير المحصن . أي غير المتزوج . من ذكر أو أنثى، أما

وحول الشرح وأسباب النزول، انظر :
- الحافظ ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الجزء الثالث، 1997، ص. 271.
وفي قول آخر :
«وقال السدي أنزلت هذه الآية الكريمة في عبد الله بن أبي ابن سلول رأس المنافقين وكانت له جارية تدعى معاذة وكان إذا نزل به ضيف أرسلها إليه ليواقعها إرادة الثواب منه والكرامة له، فأقبلت الجارية إلى أبي بكر رضي الله عنه فشكت إليه فذكره أبو بكر للنبي ﷺ فأمره بقبضها فصاح عبد الله بن أبي من يعذرنا من محمد يغلبنا على مملوكتنا فأنزل فيهم الله هذا، وقال مقاتل بن حيان بلغني . والله أعلم أن هذه الآية نزلت في رجلين كانا يكرهان أمتين لهما إحداهما اسمها مسيكة وكانت للأنصار، وكانت أميمة أم مسيكة لعبد الله بن أبي وكانت معاذة وأروى بتلك المنزلة، فأتت مسيكة وأمها النبي ﷺ فذكرتا ذلك له، فأنزل الله في ذلك: ﴿ ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء ﴾. يعني الزنا».
- ابن كثير، م.س، بنفس الموضع.
- ولمزيد من الإيضاح، انظر :
- سيد قطب، في ظلال القرآن، الجزء الثامن عشر، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1971، ص. 86 وما بعدها.
52 - الآية 2 من سورة النور.
يقول القرطبي وهو بصدد شرح الآية الثانية من سورة النور:
«كان الزنا في اللغة معروفا قبل الشرع، مثل اسم السرقة والقتل، وهو اسم لوطء الرجل امرأة في فرجها من غير نكاح ولا شبهة نكاح بمطاوعتها. وإن شئت قلت: هو إدخال فرج في فرج مشتهى طبعا محرم شرعا، فإذا كان ذلك وجب الحد...».
- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاري القرطبي، مختصر تفسير القرطبي، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، 2001، ص. 219.
ولا يختلف مفهوم الزنا عن مفهوم الفساد في القانون الجنائي، حيث نص الفصل 490 منه على أنه:
"كل علاقة جنسية بين رجل وامرأة لا تربط بينهما علاقة زوجية يكون جريمة الفساد ويعاقب عليها بالحبس من شهر واحد إلى سنة".

بالنسبة للمحصن، أي المتزوج، فتطبق عليه عقوبة الرجم حتى الموت، تطبيقا للسنة النبوية الفعلية الصحيحة[53].

وفي الوقت الراهن، ميز المشرع المغربي الوضعي بين جريمة الفساد وعاقب عليها بمقتضى الفصل 490 من القانون الجنائي، وجريمة الخيانة الزوجية وعاقب عليها بمقتضى الفصل 491 من نفس القانون.

خامسا ـ الحكم الشرعي للزواج :

1 ـ القاعـدة :

رأينا سابقا أن الزواج مشروع بالكتاب والسنة وبأقوال الصحابة وأفعالهم، لكن ما هو حكمه الشرعي؟

يقصد بالحكم الشرعي للزواج في مجالنا هذا، ما يعتري عقد الزواج كقاعدة من الصفات الشرعية كالوجوب والحرمة والندب والكراهة[54]، فنقول مثلا البيع حلال والربا حرام، مصداقا لقوله تعالى:

﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾[55].

---

53 - فقد ثبت في الكتب الصحاح أن رسول الله ﷺ رجم ماعزا، ورجم امرأة من جهينة ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الأزد.

- ابن رشد – الحفيد –، م.س، الجزء الثاني، ص. 325 و326.

- وانظر للتوسع حول الموضوع:

- عبد القادر عودة، «التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي»، ج. 1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1992، ص. 635 وما بعدها.

- أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي الإسلامي - دراسة مقارنة - توزيع دار الأنصار، (م.ط.ع.م)، 1976، ص. 238 و239.

54 - وقد عرفه ابن الحاجب بأنه خطاب الشارع المتعلق بأفعال المكلفين بالاقتضاء أو التخيير أو الوضع، والمراد من خطاب الشارع الوصف الذي يعطيه الشارع لما يتعلق بأفعال المكلفين، كأن يقال إنه حرام أو مكروه أو مطلوب أو مباح أو صحيح أو باطل.

- محمد أبو زهرة، «أصول الفقه»، دار الفكر العربي، (د.ط)، ص. 26.

على أنه قد يقصد بالحكم الأثر الذي يرتبه المشرع على تصرف أو فعل، حيث يقال مثلا حكم البيع نقل الملكية إلى المشتري ونقل الثمن إلى البائع، وحكم الزواج حل استمتاع أحد الزوجين بالآخر على الوجه المطلوب شرعا.

- أبو المعاطي حافظ أبو الفتوح، النظام العقابي الإسلامي، دراسة مقارنة، طبع وتوزيع دار الأنصار، القاهرة، 1976، ص. 238 وما بعدها.

55 - الآية 275 من سورة البقرة.

- محمد مصطفى شلبي، م.س، ص. 44.

والحقيقة أن الحكم الشرعي للزواج، حسب السائد لدى الفقهاء، يختلف باختلاف الأشخاص من حيث مقدرتهم المالية واستعدادهم الجسمي والنفسي والأخلاقي، فليس للزواج وصف واحد، وإنما قد يتصف بجميع الأوصاف الشرعية[56] وذلك على الوجه الآتي:

أ ـ صفـة الوجـــوب :

الزواج واجب بالنسبة للشخص القادر على تحمل أعبائه المعنوية والمادية من صداق ونفقة، مع تأكده من سقوطه في الحرام إن لم يتزوج. فترك الزنا واجب على الإنسان المسلم، والزواج في هذه الحالة يؤدي إلى القيام بهذا الواجب ويساعد عليه، وما أدى إلى الواجب فهو واجب.

والزواج عند الظاهرية واجب في كافة الأحوال، فهو «فرض على كل قادر على الوطء إن وجد من أين يتزوج»[57].

ويستند الظاهرية في موقفهم هذا إلى بعض الآيات القرآنية التي تستعمل فعل الأمر في هذا المجال ومن ذلك قوله تعالى:

﴿ وأنكحوا الأيامى منكم ﴾[58].

وكذلك :

﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾[59].

ب ـ صفة الإباحـــــة :

يكون الزواج مباحا إذا كان الشخص معتدل الطبيعة. وهذا هو الأصل. بحيث

---

56 - ونستأنس برأي مصطفى شلبي في هذا الإطار، وقد عبر عنه بالكيفية الآتية:

«والزواج لا يأخذ حكما واحدا في جميع الحالات، بل يختلف حكمه باختلاف أحوال الناس، لأن منهم القادر على تكاليفه والعاجز عنها، وفيهم من يحسن العشرة الزوجية، ومن لا يحسنها، كما أن منهم من اعتدل مزاجه فلا يخشى على نفسه الوقوع في الفاحشة، ومنهم من لا يستطيع ضبط نفسه عنها إذا لم يتزوج، وتبعا لهذا الاختلاف يختلف حكمه فتتعدد أحكامه...».

- م.س، ص. 45.

وسوف نرى لاحقا أن هذا الرأي هو السائد في الفقه المالكي على وجه الخصوص.

57 - ابن حزم، المحلى، م.س، ج. 11، ص. 5.

58 - الآية 32 من سورة النور.

59 - الآية 3 من سورة النساء.

لا يخشى على نفسه من الوقوع في المحظور لو لم يتزوج، ولا يخشى أن يظلم زوجته لو تزوج.

وهذا هو موقف جمهور الفقهاء[60]، حيث جاء مثلا في المقنع:

«النكاح سنة...»[61].

ويضاف إلى ذلك أنه لم يؤثر عن رسول الله ﷺ أنه فرض الزواج على كل شخص من القادرين عليه أو توعده بالعذاب إن هو تركه، كما هو الحال مثلا بالنسبة للفرائض الأخرى من شهادة وصلاة وزكاة وحج وصوم، بل إنه صلى الله عليه وسلم يقول:

«من استطاع منكم الباءة فليتزوج»، خرجه الجماعة عن ابن مسعود.

ج - صفة الكراهة :

يكون الزواج مكروها متى ظهر للشخص من غير يقين أنه قد يظلم زوجته ماديا أو معنويا أثناء معاشرته لها.

د - صفة الحـرمة :

وأخيرا، يصير الزواج حراما في حق الشخص متى اتضح له يقينا أنه سيظلم زوجته، أي أنه لن يستطيع إطلاقا القيام بالأعباء المادية أو المعنوية التي تفرضها عليه الحياة الزوجية[62].

---

60 - ابن رشد (الجد)، المقدمات والممهدات، الجزء الأول، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1988، ص. 452 وما بعدها.

61 - المقنع، م.س، ج. 3، ص. 3.

62 - يقول ابن جزي في هذا الصدد:

«... والنكاح على الجملة مندوب وأوجبه الظاهرية، وعلى التفصيل ينقسم خمسة أقسام: واجب وهو لمن قدر عليه بالمال وخاف على نفسه الزنى، ومستحب وهو لمن قدر عليه ولم يخف على نفسه الزنى، وحرام وهو لمن لم يقدر ولم يخف، ومكروه وهو لمن لم يخف الزنى وخاف ألا يقوم بحقوقه، ومباح وهو ماعدا ذلك...».

- ابن جزي، كتاب القوانين الفقهية، نشر مكتبة الرشاد، (ت.غ.م)، ص. 143.

وانظر للزيادة في الإيضاح:

- عمر عبد الله، م.س، ص. 29.

- محمد مصطفى شلبي، م.س، ص. 44.

- صلاح الدين زكي، م.س، ص. 20.

- أبو العباس أحمد بن عبد الله اليزناسني، وشي المعاصم في شرح تحفة بن عاصم (دراسة وتحقيق الدكتور مرزوق آيت الحاج)، دكتوراة في الشريعة، كلية الشريعة بفاس، (ت.غ.م)، ص. 427 وما بعدها.

2- تعارض صفات الزواج :

بقي أن نشير في النهاية إلى الحالة التي قد يتعارض فيها وصف الزواج مما يجعله في ذات الوقت واجبا عليه من جهة وحراما من جهة أخرى، كما لو كان الشخص يقر بالوقوع في الفاحشة لو لم يتزوج، وفي ذات الوقت هو متأكد من أنه سيظلم زوجته لو تزوج.

ويقرر الفقهاء أن على هذا الشخص ألا يتزوج دفعا للظلم الذي قد تتعرض له الزوجة منه، والعلاج المقرر لذلك قوله تعالى:

﴿وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا حتى يغنيهم الله من فضله﴾[63].

وجاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد:

«... فأما حكم النكاح فقال قوم: هو مندوب إليه، وهم الجمهور، وقال أهل الظاهر: هو واجب، وقال المتأخرة من المالكية: هو في حق بعض الناس واجب، وفي حق بعضهم مندوب إليه، وفي حق بعضهم مباح، وذلك عندهم بحسب ما يخاف على نفسه من العنت. وسبب اختلافهم هل تحمل صيغة الأمر به في قوله تعالى: ﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء﴾ وفي قوله عليه الصلاة والسلام: «تناكحوا فإني مكاثر بكم الأمم» وما أشبه ذلك من الأخبار الواردة في ذلك على الوجوب أم على الندب أم على الإباحة. فأما من قال إنه في حق بعض الناس واجب، وفي بعضهم مندوب إليه، وفي حق بعضهم مباح، فهو التفات إلى المصلحة، وهذا النوع من القياس هو الذي يسمى المرسل، وهو الذي ليس له أصل معين يستند إليه، وقد أنكره كثير من العلماء، والظاهر من مذهب مالك القول به».

- م.س، ص. 2.

وللتوسع حول الحكم الشرعي للزواج من وجهة الفقه المالكي، انظر:

- محمد عرفة الدسوقي، الدسوقي على الشرح الكبير لأحمد الدردير، الجزء الثاني، دار الفكر، بيروت، لبنان، (بدون تاريخ)، ص 214 وما بعدها.

وجاء في المعيار الجديد:

«والتزويج في حق شخص فرض وفي حق شخص آخر مندوب، وفي حق شخص آخر مباح، وفي حق شخص آخر حرام، وفي حق شخص آخر مكروه.

فمن خاف على نفسه الوقوع في الزنى وعلم من نفسه أنها لا تمتنع من الزنى إلا بالتزويج صار التزويج عليه فرضا، ومن أمن من الوقوع في الزنى وكان قادرا على التزويج وعلى القيام بمآرب الزوجة ندب له التزويج لفضل النسل وكان مأجورا فيه، وكذلك من تزوج خوفا على دينه هو مأجور مشكور أيضا.

والتزويج سنة من سنن النبي ﷺ، وهو سنة للذكور والإناث في أغلب الحالات، وفي حق من له القدرة عليه وله أمل، مباح أيضا، وفي حق من تيقن من نفسه عدم الوقوع في الفاحشة، وتيقن في نفسه الوقوع في المحظور بسببه، حرام عليه أيضا، وفي حق من تيقن من نفسه عدم الوقوع في الفاحشة وخاف من عدم القيام بمآرب الزوجة مكروه، انظر اللخمي...».

- المهدي الوزاني، «النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى المسماة المعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوى المتأخرين من علماء المغرب»، الجزء الثالث، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة، 1997، ص. 258.

63 - الآية 33 من سورة النور.

وقول رسوله الكريم:

«... ومن لم يستطع فعليه بالصوم فإنه له وجاء»[64].

أي فإنه له وقاية.

وما قدره جمهور الفقهاء في هذا الصدد هو السائد عند المالكية، ومن ذلك ما جاء في منظومة ابن عاصم الغرناطي:

وباعتبار الناكح النكاح   واجب أو مندوب أو مباح[65]

ويبقى في النهاية أن ما يهم الحكم الشرعي للزواج، مما يندرج ضمن علاقة الإنسان بربه والتي لا سبيل للقضاء إلى التقرير بشأنها، من حيث المبدأ.

نعم تستطيع الزوجة بعد إبرام عقد الزواج أن تطلب التطليق من زوجها إذا كان يضر بها ضررا ماديا أو معنويا على الأقل طلب رفع ذلك الضرر. غير أنه يجب عليها أن تثبت أمام القضاء الضرر الذي تدعيه، إذا لم يقر به الزوج المدعى عليه.

والخلاصة أخيرا أنه يتضح من دراسة الحكم الشرعي للزواج أن هذا الأخير

يقول القرطبي بشأن هذه الآية الكريمة:

«واستعفف» وزنه استفعل، ومعناه طلب أن يكون عفيفا، فأمر الله تعالى بهذه الآية كل من تعذر عليه النكاح ولا يجده بأي وجه أن يستعفف. ثم لما كان أغلب الموانع على النكاح عدم المال وعد بالإغناء من فضله، فيرزقه ما يتزوج به أو يجد امرأة ترضى باليسير من الصداق، أو تزول عنه شهوة النساء...».

- مختصر تفسير القرطبي، م.س، الجزء الثالث، ص. 244.

64 - خرجه الجماعة عن ابن مسعود.

65 - ويشرح جانب من الفقه المالكي هذه الأبيات قائلا: «حكم النكاح يختلف باختلاف الناكح فتعرض له أحكام الشريعة الخمسة إلا أن الناظم لم يذكر المكروه والحرام (قال في التوضيح) وحكم النكاح الندب من حيث الجملة وقد يجب على من لا ينفك عن الزنا، إلا به ويكره في حق من لا يشتهيه وينقطع به عن عبادته (وفي المقنع لابن بطال) يكره لمن لا يجد الطول ولا حرفة له ولا صناعة (ابن بشير) ويحرم على من لا يخاف العنت وكان يضر بالمرأة لعدم قدرته على الوطء، وعلى نفقة أو يكتسب من موضع لا يحل (اللخمي) ويباح لمن لا ينسل له ولا أرب له في النساء، وأشار إلى أن المرأة مساوية للرجل في هذه الأقسام».

- ميارة الفاسي، شرح على تحفة الحكام، نشر مطبعة الفكر، بيروت، لبنان، الجزء الأول، ص. 153.

وللتوسع حول موقف المذاهب المختلفة من الموضوع، انظر:

- محمد كمال الدين إمام، م.س، ص. 35 وما يليها.

ونشير إلى أن القوانين الغربية تتبنى قاعدة أن الإنسان حر في أن يتزوج وفي ألا يتزوج. انظر حول الموضوع في القانون المدني الفرنسي على وجه الخصوص:

— G. Marty et P. Raymaud, op. cit. n° 74 bis et suiv.

يتجاوز الطابع التعاقدي إلى الطابع التراحمي بين الزوجين، كذلك فقد أنزله الله منزلة الميثاق الغليظ[66].

---

66 - الآية 21 من سورة النساء.

الفرع الثاني

الخطبة

أولا ـ أهمية الخطبة ووظيفتها :

يعتبر عقد الزواج، الذي يبرم بين رجل وامرأة، من أهم العقود المدنية وأعظمها شأنا وأبعدها أثرا في حياة الفرد وفي بناء المجتمع، بالإضافة إلى أنه عقد قلما يقدم عليه الشخص، ذكرا كان أم أنثى، أكثر من مرة واحدة طوال حياته. وهو مؤسس للأسرة، والأسرة عبارة عن علاقات إنسانية متداخلة تساهم في بلورة شخصية الفرد وتساعد على تقدم الأمة وارتقائها.

ومن مظاهر أهمية الزواج واهتمام الشارع الإسلامي به، بل والمشرع الوضعي كذلك، أنه قد وضع له مقدمات تمهد له، وخص تلك المقدمات بأحكام شرعية تخصها، فإذا تم عقد الزواج بين الرجل والمرأة بعد تلك المقدمات، كان ذلك غالبا أدعى إلى الوفاق ودوام العشرة بين الزوج والزوجة. والمقصود بالمقدمات في هذا الصدد الخطبة التي تسبق إبرام عقد الزواج وتمهد له.

وتتمثل وظيفة الخطبة أساسا في بحث الرجل غالبا عن المرأة التي تناسبه وبحث المرأة عن الرجل الذي يناسبها[67]. وهي ليست لازمة لعقد الزواج إذ من الممكن تصور إبرام هذا العقد الأخير بدونها[68]. وإن حدثت، فيجب أن تحترم آدابها الشرعية.

ثانيا ـ السند الشرعي للخطبة:

ورد ذكر لفظ الخطبـة في عدة نصوص شرعية إما بكيفية صريحة أو بكيفية ضمنية، منها ما ورد في كتاب الله، ومنها ما ورد في سنة رسول الله ﷺ.

1 ـ الخطبة في الكتاب :

يقول الله تعالى بشأن خطبة المعتدة من وفاة زوجها:

---

67 - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص. 50.

68 - ذلك أن الخطبة ليست واجبة إنما هي مستحبة في الفقه المالكي

- ابن جزي، م.س، ص. 143.

- الخرشي، الجزء الرابع، م.س، ص. 125.

﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم ﴾[69].

ويقول جلت قدرته بشأن نبي الله شعيب وهو يخطب نبي الله موسى لأحدى ابنتيه:

﴿ قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج ﴾[70].

2 ـ الخطبة في السنة :

جاء في الحديث المروي عن رسول الله ﷺ وهو ينهي عن الخطبة على الخطبة:

«المؤمن أخو المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا أن يخطب على خطبته حتى يذر»[71].

وجاء في حديث آخر له وهو يحث على النظر إلى المخطوبة:

«إذا خطب أحدكم المرأة، فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل»[72].

وبالنسبة للسنة الفعلية، فإن رسول الله ﷺ كان يخطب المرأة قبل أن يتزوج بها وكذلك فعل أصحابه رضوان الله عليهم.

3 ـ تكييف الخطبة عند الفقهاء:

يقول الشيخ خليل:

«وخُطْبَـةٌ بِخِطْبَـةٍ ».

ويشرح الخرشي هذا المتن كالآتي:

«الخُطبة مستحبة وهي بضم الخاء اسم لألفاظ تقال عند الخِطبة بالكسر وهي التماس التزويج...»[73].

---

69 - الآية 233 من سورة البقرة.

70 - الآية 27 من سورة القصص.

71 - رواه أحمد بن حنبل ومسلم.

72 - رواه أحمد بن حنبل وأبو داود.

73 - الخرشي، حاشية الخرشي على مختصر الشيخ خليل، الجزء الرابع، م.س، ص. 125.

وبالنسبة للتفصيل في الشرح، راجع:

ذلك أنه: «يجب لسلامة الخطبة أن يكون كلا العاقدين على علم قاطع أو ظن راجح بحال العاقد الآخر، وما عليه من عادات وأخلاق ليكون العقد على أساس صحيح، وتكون العشرة التي يحلها مرجوة الصلاح والبقاء»[74].

فالخطبة إذن هي طلب التزويج، ولا تتم إلا بقبولها من الطرف الآخر.

4 - التنظيم التشريعي للخطبة:

نظمت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة الخطبة بالفصلين الثاني والثالث منها، لا غير.

وقد توسعت مدونة الأسرة في ذلك التنظيم، حيث خصصت له خمس مواد تبتدئ بالمادة 5 وتنتهي بالمادة 9، بالإضافة طبعا إلى المادة 156 الخاصة بنسب الحمل أثناء الخطوبة والتي تعد من أهم مستجداتها، والتي وردت ضمن الأحكام التي خصصها المشرع للنسب.

ثالثا - الصفات المستحبة في المرأة المطلوبة للزواج:

ينبغي لكل فتى مسلم يروم الزواج أن يبحث عن الفتاة المناسبة التي تحقق له كل أحلامه، والحال أن المسألة شخصية تختلف فيها مقاييس الناس اختلافا بينا، ولقد رسمت السنة النبوية العطرة لمثل هذا الفتى أحسن السبل إلى ذلك، وقد حثت بالدرجة الأولى على التدين وحسن الخلق، ويا حبذا لو صاحبهما الجمال والمال والحسب والنسب، فتكون تلك قمة مطالب الرجال في النساء[75]، وفي ذلك يقول رسول الله ﷺ في حديث أبي هريرة:

- الحطاب، كتاب مواهب الجليل لشرح مختصر خليل، المجلد الثالث، ص. 407 و408.
- الزرقاني، شرح على مختصر سيدي خليل، الجزء الثاني، (3و4)، دار الفكر، ص. 164 وما يليها.

ويقول ابن جزي:

«...الخطبة وهي مستحبة...»، م.س، ص. 130.

74 - أبو زهرة، م.س، ص. 28.

وانظر في نفس الاتجاه:

- عبد الله بن الطاهر السوسي التناني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2005، ص. 35.

75 - محمد بن جزي، «كتاب القوانين الفقهية»، توزيع مكتبة الرشاد بالدار البيضاء، (ت.ط.غ.م)، ص.143.

«تنكح المرأة لأربع، لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك»[76].

ومعنى تربت يداك، افتقرت إن لم تفعل وأغنيت إن فعلت.

وقد روي أن النبي ﷺ كان يأمر بالباءة[77] وينهى عن التبتل[78] نهيا شديدا فيقول:

«تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة»[79].

ويجيب ﷺ على سؤال من سأله من الصحابة عن خير النساء قائلا:

«خير النساء من إذا نظرت إليها سرتك وإذا أمرتها أطاعتك وإذا أقسمت عليها أبرتك وإذا غبت عنها حفظتك في نفسها ومالك»[80].

ولأن من يرومون الزواج يتطلعون في الغالب الأعم إلى الجمال الفاتن غير منتبهين إلى الجانب التربوي والأخلاقي وجانب البيئة التي تربت فيها المرأة، فقد حذر رسول الله ﷺ من ذلك بقوله:

---

76 - رواه الجماعة عن أبي هريرة.

فقد «هدانا رسول الله ﷺ إلى الطريق القويم في اختيار الزوجة، وذلك فيما رواه الإمام مسلم عن أبي هريرة عن النبي ﷺ قال: «تنكح المرأة لأربع لمالها ولحسبها ولجمالها ولدينها، فاظفر بذات الدين تربت يداك». ومعنى الحديث أن الناس يقصدون في اختيارهم المال والحسب والجمال، وآخر ما يقصدون إليه هو الدين، فبين الرسول الكريم ﷺ خطأهم، وأرشدهم إلى أن يقصدوا الدين أولا كما قال الإمام النووي رحمه الله: الصحيح في معنى هذا الحديث أن النبي ﷺ أخبر بما يفعله الناس في العادة، فإنهم يقصدون هذه الخصال الأربع وآخرها عندهم ذات الدين، فاظفر أنت أيها المسترشد بذات الدين لأنه أمر بذلك والحسب الفعل الجميل للرجل وآبائه، وفي هذا الحديث الحث على مصاحبة أهل الدين في كل شيء لأن صاحبهم يستفيد من أخلاقهم وبركتهم وحسن طرائقهم، ويأمن المفسدة من جهتهم.

ودين المرأة يدعوها للقيام بواجباتها نحو ربها ونحو أسرتها، فهي طائعة لربها منفذة أوامره فطنة لغيبة زوجها، كما وصفها الله سبحانه وتعالى: ﴿فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله...﴾.

- عبد الرحمن عتر م.س، ص. 250 و 251.

77 - الباءة بمعنى النكاح، أي الزواج.

78 - تبتل انقطع عن الدنيا إلى الله وترك الزواج. والتبتل من انقطع عن الزواج، ويطلق اسم البتول على مريم العذراء عليها السلام.

وانظر للتوسع حول مفهوم بتل وتبتل:

- ابن منظور، الجزء الأول، م.س، ص. 221 و222.

79 - خرجه أبو داود والنسائي.

80 - خرجه ابن ماجة.

«إياكم وخضراء الدمن. قيل وما خضراء الدمن؟ قال: المرأة الحسناء في المنبت السوء»[81].

وبالنسبة للجانب الوراثي، جاء في حديث آخر لرسول الله ﷺ:

«تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس»[82].

فالظاهر من خلال الواقع المعيش أن بعض الأخلاق، وغالبا السيئة منها، تنتقل من الأجداد إلى الآباء، ثم الأحفاد.

ويستفاد من هذه النصوص الحديثية مجتمعة أن من يروم الزواج، عليه - اقتداء بسنة خير الخلق ﷺ - أن يلتمس المرأة المتدينة المتشبعة بأخلاق الإسلام والمتربية في بيئة أسرية عفيفة. أما العناصر الأخرى من مال وجمال وحسب ونسب، فتلك عناصر طارئة غير مستقرة ليس لها نفس التأثير الإيجابي على مستقبل الأسرة والنشئ الذي سيعيش في ظلها.

رابعا - الصفات المستحبة في الرجل المطلوب للزواج :

إذا كان الظاهر أن الخطاب المضمن في هذه الأحاديث النبوية الشريفة هو موجه في عمومه إلى الرجال وحدهم، فإنه في حقيقة مقصوده موجه كذلك إلى النساء اللواتي يجب عليهن أن يحسن اختيار من سوف يعشن في كنفه فيتجنبن «أخضر

---

81 - خرجه الدارقطني.

82 - خرجه ابن ماجة.

- وفي تفسير جزء «تبارك» للمرحوم الشيخ عبد القادر المغربي:

«ومما يحسن إيراده هنا أن النبي ﷺ نبهنا إلى تأثير ناموس الوراثة، وأشار إلى أن في إصلاحه إصلاحا للنسل والذرية، وقد قال عليه الصلاة والسلام: «تخيروا لنطفكم فإن العرق نزاع». يريد تزوجوا كرام النساء، فإن أولادكم من زوجاتكم يرجعون في طيب الأخلاق وقبحها إلى أجدادهم من أمهاتهم، أما رجوعهم في أخلاقهم إلى أجدادهم من جهة أبيهم فالطريق الأولى»، ص. 98.

وقال أبو الأسود الدؤلي في هذا المعنى مخاطبا أبناءه :

وأول إحساني إليكم تخيري لماجدة الأعراق باد عفافها

وقال لهم أيضا في معرض الامتنان عليهم، حيث اختار أمهم من أصل كريم :

«لقد أحسنت إليكم صغارا وكبارا، وقبل أن تولدوا» فقال له أولاده: «وكيف أحسنت لنا قبل أن نولد؟» فقال: «اخترت لكم من الأمهات من لا تسبون بها».

- عمر عبد الله، م.س، ص. 43 (الهامش الثاني).

- أحمدون، م.س، ص. 101.

الدمن» الذي قد ينغص عليهن حياتهن الزوجية[83] ويتخيرن لفروجهن لأن العرق دساس.

فكم من فتاة لا يهمها في الخاطب إلا جمال صورته أو مركزه الاقتصادي أو الاجتماعي المتميز، وعندما تتزوج به بعد ذلك وتفيق من غفلتها، تشقى به شقاء ما بعده من شقاء، ذلك أنها لم تنتبه إلى الجوانب الأخلاقية والدينية والوراثية التي تتحكم في تصرفاته وتوجهها بوعي أو بغير وعي منه غالبا. وفي الحديث الشريف المرفوع إلى رسول الله ﷺ "إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ألا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير". رواه الترمذي.

مع العلم أن الإمام مالك لم يعتد في عنصر الكفاءة الواجبة في جهة الزوج إلا بالجانب الديني والأخلاقي، وهو ما ينسجم كلية مع حديث رسول الله ﷺ أعلاه.

خامسا - تعريف الخطبة وتكييفها القانوني :

1 - الخطبة في اللغة:

الخطبة (بكسر الخاء): فعل الخاطب من كلام وقصد واستلطاف بفعل أو قول. يقال خطبها يَخْطُبها خَطْباً وخطبة. ورجل خطاب، كثير التصرف في الخطبة.

والخطيب الخاطب والخِطِّيبي: الخطبة.

والخِطْبُ : الرجل الذي يخطب المرأة. ويقال أيضا: هي خِطْبَهُ وخِطْبَتَهُ التي يخطبها.

والخِطْبَةُ فعلة كجِلسة وقِعدة.

والخُطْبة: هي الكلام الذي يقول في النكاح وغيره[84].

2 - الخطبة في الاصطلاح:

الخطبة، وكما سبق بيانه، هي طلب الرجل التزوج من امرأة معينة لا يحرم عليه الشرع أن يتزوجها[85]. وبعبارة أخرى، هي إعلان الرجل رغبته في الزواج من امرأة خالية

---

83 - صلاح الدين زكي، مرجع سابق، ص. 21.

84 - ابن منظور، م.س، الجزء الأول، ص. 1113.

85 - مصطفى شلبي، م.س، ص. 50.

وفي شرح الخرشي على مختصر خليل:

من الموانع الشرعية بالنسبة إليه، فإذا أجيبت هذه الرغبة بقبول من المرأة أو ممن له صفة شرعية في النيابة عنها، تمت الخطبة بينهما.

وحسب الفقرة الثانية من المادة الخامسة من مدونة الأسرة:

"تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا".

وإذا ما تمت الخطبة بين رجل وامرأة، فإنها لا تعدو أن تكون تواعدا متبادلا بينهما على عقد زواجهما في المستقبل، دون أن يكون ذلك التواعد ملزما لأي منهما من الناحية القانونية.

فالخطبة وعد بالزواج غير ملزم. وحسب الفقرة الأولى من المادة الخامسة من مدونة الأسرة :

«الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج».

فقد أجمعت المذاهب الإسلامية كلها على أن الخطبة وعد بالزواج غير ملزم. والوعد بالعقد ليست له قوة العقد إطلاقا في إلزام طرفيه بآثار العقد. وهذا ما أفتى به السيوطي رحمه الله كما جاء في الحاوي:

«وهل الخطبة ليست بعقد شرعي؟ وهل هو عقد جائز من الجانبين أم لا؟ والظاهر أن الخطبة ليست بعقد شرعي، وإن تخيل كونها عقدا، فليس بلازم بل جائز من الجانبين قطعا»[86].

وكل قوانين الأحوال الشخصية، ومنها المادة الخامسة من المدونة المغربية الحالية، جرت على هذا المنوال- ورغم ذلك، فقد قرر المجلس الأعلى أن التزام الخاطب كتابة بإتمام إجراءا الزواج يلزمه[87].

«الخطبة مستحبة ... وهي التماس التزويج صراحة كأن يقول : فلان يخطب فلانة أو غير صريح كيريد الاتصال بكم والدخول في زمرتكم...».

- م.س.، الجزء الرابع، ص. 125.

86 - الحاوي للفتاوى، الجزء الأول، ص. 178.

87 - جاء في هذا القرار ما يلي:

«...إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ثبت لها أن العلاقة الزوجية قائمة بين الطرفين استنادا إلى مقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة التي تنص على أن المحكمة تعتمد في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات معتمدة في ذلك على شهادة الشهود المستمع إليهم بعد أدائهم اليمين القانونية والذين أثبتوا العلاقة الزوجية بين الطرفين لكون الزوجة زفت إلى بيت الزوجية، وكذلك على التزام الطاعن المصادق عليه في 9

والخطبة قد تتم من الخاطب نفسه، وقد ينيب عنه الغير فيها كأمه أو أبيه أو هما معا أو أخته أو عمته أو خالته، وهي قد تتم بالتصريح وقد تتم بالتعريض. وقد تصاحبها قراءة الفاتحة وتقديم بعض الهدايا أحيانا. ولقد كيف المشرع المغربي الخطبة بأنها تواعد بالزواج في المستقبل وليست بزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل للهدايا[88].

فبراير 1999 تحت عدد 272 جماعة دار أولاد زيدوح والذي يتضمن أنه يلتزم بمقتضاه بإتمام إجراءات الزواج مع المطلوبة في النقض بعدما وعدها به تكون قد أقامت قضاءها على وثائق لها أصلها في الملف ولم تخرق القانون ولا القاعدة المتمسك بها من طرف الطاعن، فجاء قرارها معللا تعليلا كافيا...».

- القرار رقم 66 الصادر بتاريخ 31 يناير 2007 في الملف الشرعي، عدد 2006/6/1/2/437 (غير منشور).

ولم يعرف القانون المدني الفرنسي الخطبة ولم يضع لها أحكاما تخصها. وفي الفقه الفرنسي:

— "Fiançailles: Promesse mutuelle de mariage généralement entourée d'un certain cérémonial (familial ou mondain) qui ne constitue pas un engagement contractuel civilement obligatoire...".

— G. Cornu, op. cit, p. 355.

وقد اعتبر القضاء الفرنسي الخطبة بمثابة وعد بالزواج وأخضعه للأحكام العامة الخاصة بالوعد، باستثناء ما يتعلق بإلزاميته.

— Civ. 2e, 28 avril 1993: D. 1995, 330, note Mathieu; R.T.D. civ. 1995, note Hauser.

— Civ. 1ère, 3 novembre 1966: Bull. civ, I, n° 495.

— Civ. 1ère, 4 janvier 1995: D. 1995, 251, note Benabent.

88 - الفصل الثاني من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والذي حلت محله الفقرة الأولى من المادة الخامسة من مدونة الأسرة وقد جاء فيها ما يلي :

« الخطبة تواعد رجل وامرأة على الزواج...».

فالخطبة، سواء تخللتها قراءة الفاتحة أم لا، وتسبيق المهر وقبول الهدايا في المواسم والأعياد، ليست إلا مقدمة للزواج ولا تلزم به. وعليه، فلو تم عقد الزواج، بدون هذه المقدمات، مستوفيا كل أركانه وشروط صحته، كان لازما مرتبا لكافة آثاره الشرعية، وفي مقدمتها مكنة استمتاع كل من الزوجين بالآخر، فلا نقول إذا بوجوب الخطبة والحالة هذه وإنما نقول ندب الشارع الحكيم إلى مراعاتها لتحقق ثمرات الزواج، وفي مقدمتها تأسيس أسرة متينة البنيان تنهض بمجتمع كريم الأنساب.

- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الجزء السابع، ص 10.

- عبد السلام محمد الشريف العالم، م.س، ص 10.

ورغم ذلك، فهناك من الفقهاء - الظاهرية - من يقول بإلزامية الخطبة، حيث ورد في كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد ما نصه:

« أما خطبة النساء المروية عن النبي ﷺ فقال الجمهور إنها ليست واجبة، وقال داود هي واجبة. وسبب الخلاف هل يحمل فعله في ذلك عليه الصلاة والسلام على الوجوب أو على الندب...».

- م.س.، الجزء الثاني، ص. 2.

وهكذا، فالخطبة تبنى على إيجاب وقبول مثلما في ذلك مثل عقد ا لزواج نفسه، وإن اختلفا من حيث عنصر الالزام، المتحقق في الزواج دون الخطبة.

ومن الناحية الشرعية، ليس هناك ما يمنع من أن تكون المرأة هي الخاطبة للرجل. وقد سبق لخديجة بنت خويلد أن خطبت محمد بن عبد الله رسول الإسلام وتزوجته قبل البعثة بحوالي خمس عشرة سنة[89].

وفي القرآن الكريم، فإن نبي الله شعيبا قد عرض إحدى ابنتيه على نبي الله موسى عليه السلام:

﴿ قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج ﴾[90].

وفي القرآن الكريم دائما، فقد ورد بشأن نبينا ﷺ:

﴿ وامرأة مومنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون المومنين ﴾[91].

والخطبة غالبا ما تتم شفويا، وإن كان ليس هنالك ما يمنع شرعا أو قانونا كتابتها، بل ويستفاد ذلك ضمنيا من القراءة المتأنية للفقرة الثانية من المادة الخامسة من مدونة الأسرة، حيث قرر المشرع أن الخطبة تتحقق بأي وسيلة تعارف عليها الناس[92].

---

89 - محمد حسنين هيكل، حياة محمد، 1968، ص. 193.

- جماعة من العلماء، سيرة سيد المرسلين، دار الآفاق الجديدة، بيروت، لبنان، 1979، ص. 12 و13.

ولمزيد من الإيضاح حول خطبة المرأة للرجل من الناحية الشرعية، انظر :

- محمد البشيري، م.س، الجزء الثاني، ص. 345.

90 - الآية 27 من سورة القصص.

والمقصود بعبارة :

﴿أن تأجرني ثماني حجج﴾

أي أن تشتغل عندي ثمانية أعوام.

والحجج: السنون.

وانظر حول هذه الآية الكريمة:

– القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج. 13، ص. 267 وما بعدها.

91 - الآية 50 من سورة الأحزاب.

92 – تنص الفقرة الثانية من المادة 5 من مدونة الأسرة على أنه:

«تتحقق الخطبة بتعبير طرفيها بأي وسيلة متعارف عليها تفيد التواعد على الزواج، ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة

وأخيرا، فالملاحظ أن الخطبة قد بدأت تتم بواسطة الأنترنيت، إذ كثر أولئك الذين تزوجوا بهذه الوسيلة الحديثة. والمسألة ليست حراما ولكنها قد تحمل بعض الخطر، حيث تغيب عن الخاطب أمور هامة تهم الجانب الآخر.

سادسا – خلو الخاطب بالمخطوبة ومعاشرته لها حرام في شرع الله:

عقد الزواج هو الفاصل شرعا بين علاقة شرعية وأخرى غير شرعية. ذلك أن الفروج لا تحل إلا بالزواج.

من البديهي جدا أن خلو الخاطب بمخطوبته ومعاشرته لها، بل واتصاله بها جنسيا – وقبل تحقق الشروط المتطلبة شرعا في الزواج – يعد ضربا من ضروب الزنا[93]، وكل حمل تخلف عن ذلك الاتصال فهو مبدئيا حمل غير شرعي. جاء في قرار للمجلس الأعلى :

« لما ثبت لقضاة الموضوع أن نكاح المدعى عليه للمدعية كان بعد وضع حملها المزداد منه البنت نادية، فإن هاته البنت لا تلحق بنسب المدعى عليه، ولو أقر ببنوتها وكانت من مائه لأنها بنت زنا وابن الزنا لا يصح الإقرار ببنوته ولا استلحاقه لقول الشيخ خليل إنما يستلحق الابن مجهول النسب. قال العلامة الزرقاني لا مقطوعه كولد الزنا لأن المشرع قطع نسبه وهو ما نصت عليه الفقرة الثالثة من الفصل 92 من مدونة الأحوال الشخصية.

وحيث إن اتفاق المدعية والمدعى عليه على ازدياد هذه البنت بعد عقد النكاح بينهما بنحو شهر على فرض صحته وموافقته للواقع، فإن هذه البنت لا تلحق بنسب المدعى عليه كذلك حسبما نص عليه الفصل 85 من مدونة الأحوال الشخصية وهو الواجب التطبيق على النازلة مع قواعد الفقه الاسلامي لا قانون الالتزامات والعقود... »[94].

وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا».

93 - وهو ما قصده الفصل الثاني من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بنصها على أن :

« الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج— ».

غير أن عبارة « وليست بزواج » قد حذفت من مدونة الأسرة، ربما حتى يكون هناك انسجام مع مقتضيات المادة 156 منها.

94 - قرار صادر عن المجلس الأعلى في 30 مارس 1983، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 39، ص.

لقد قرر المشرع أن الخطبة مجرد وعد بالزواج وليست بزواج، إذ ليس للخاطب أن يخلو بمخطوبته أو يمسها، فما بالك بالاتصال بها جنسيا، فالذي يبيح ذلك الاتصال هو عقد الزواج الصحيح نفسه، مادام يمثل أهم أثر لذلك العقد بالإضافة إلى باقي آثاره الأخرى[95].

.109

- وانظر حول الموضوع:

- عمر عبد الله، م.س، ص. 41.

- عمر عتر، خطبة النكاح، مكتبة المنار بالأردن، 1985، ص. 231 وما بعدها.

- وجاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالرباط:

«حيث إن الخطبة وعد بالزواج وليست بزواج ويدخل في حكمها قراءة الفاتحة وما جرت به العادة والعرف من تبادل الهدايا

حيث إن العلاقات خارج إطار الزواج لا يترتب عليها شيء وهي محض زنا».

- قرار صادر في 15 فبراير 1988، منشور بمجلة الإشعاع، العدد الخامس، ص. 188 وما بعدها.

95 - وليس للخطيبة بعد ذلك أن تدعي أنها كانت تعاشر زوجها معاشرة الأزواج لكي تضفي الشرعية على علاقتها بالخاطب. وفي هذا الصدد يحسن بنا أن نذكر بالفتوى التي تعرف في فقه النوازل بالقضية الإملسية في الأنكحة الإغريسية، والتي أفتى فيها الفقيه النوازلي أبو سالم إبراهيم بن عبد الرحمن الجلالي، كما نقلها ميارة الفاسي:

«سئلت عن عوائد جرت ببلد غريس ونواحيها وهي أن يوجه الرجل أو المرأة من يخطب له امرأة لنفسه أو لولده من المرأة أو وليها خاطبا رجلا أو امرأة فيجاب بالقبول ويتواعدون للعقد الشرعي في ليلة البناء ثم يبعث للمرأة وليها حناء وحوائج تتزين بها وهدايا في المواسم ويولول النساء عند الخطبة ويسمعون الجيران أن فلانا تزوج فلانة ويشتهر ذلك عندهم ثم يطرأ عند البناء والعقد تنازع وتنافر بينهم أو موت أحد الزوجين فهل تثبت الزوجية بتلك العادة ويحكم بصحتها على المنكر وتبنى عليه أحكامها من الإرث وتحريم منكوحات الآباء وحلائل الأبناء ويتنزل ذلك كله منزلة نكاح التفويض أو لا بينوا لنا ذلك بيانا شافيا ولكم الأجر والسلام...

فأجاب سيدي إبراهيم... أن العادة المذكورة إن كانت جارية عندهم مجرى العقد المصطلح عليه عند أهل التوثيق بحيث يرتبون على تلك الأمور من إرسال الحناء وغيرها آثار النكاح وجرت الأحكام عندهم بذلك وتقررت أن الإشهاد الواقع منهم ليلة الدخول ليس هو إلا للتحصين من النزاع في قدر المهر أو أجله وحلوله ولبيان ما قبض من المهر وما لم يقبض وإن قول السائل ويتواعدون للعقد الشرعي في ليلة البناء أن ذلك الوعد إنما هو للتحصين المذكور فهذا لا إشكال فيه عند القائل به أن تلك العادة يحكم بها ويلزم المتعاقدان بها وأما إن كانت العادة المذكورة إنما هي عندهم توطئة للعقدة الشرعية التي يتواعدون إليها ليلة البناء وأنهم لا إلزام بينهم بما يقع من الأحوال المذكورة وأن جميع ذلك أمارات على ميل كل من الجهتين إلى الأخرى وأن تنجيز ذلك لا يقع بينهم إلا عند الإشهاد الذي يقع ليلة الدخول وعلى هذه الحالة تقررت عادتهم يعرفها الخاص والعام فهذا أيضا لا إشكال في عدم اللزوم بذلك وأن تلك القرائن والأوصاف إنما هي أمارات على العقد المنبرم والأمارات على الشيء هي غير ذلك الشيء قطعا وإذا كانت العادة هكذا فلا يمكن أن يختلف في عدم اللزوم بتلك العوائد وعدم ترتب الآثار عليها...».

- م.س، ص 155 و156.

الفتوى مذكورة في عدة مراجع فقهية أخرى ومن ذلك مثلا:

ورغم ذلك، فإن هذا الحكم الشرعي لم يعد له أي معنى في إطار المادة 156 من مدونة الأسرة الحالية والتي تعترف بالنسب الشرعي للحمل الذي تم في فترة الخطوبة. وسنفصل المسألة في الكتاب الثاني من هذه الدراسة بمناسبة حديثنا عن النسب.

سابعا- شروط الخطبة :

يشترط الفقه الإسلامي عموما، وحتى تكون الخطبة صحيحة يعتد بها من الناحية الشرعية، توافر شرطين أساسيين :

فمن جهة أولى يجب أن تكون المخطوبة ممن يصح الزواج بها في الحال.

ومن جهة ثانية يجب ألا يكون الغير قد سبق إلى خطبتها وقبلت هي خطبته.

1- الشرط الأول :

يجوز لمن يروم الزواج أن يخطب أي امرأة يحل له شرعا أن يتزوجها في الحال، ولا يجوز له أن يخطب المرأة التي يحرم عليه شرعا أن يتزوجها تحريما مؤبدا أو تحريما مؤقتا. وأساس هذه القاعدة التي قررها جمهور الفقهاء أن الخطبة مقدمة للزواج ووسيلة إليه وليست مقصودة لذاتها، وإنما المراد هو الزواج، وعليه، فمتى جاز للشخص أن يتزوج المرأة في الحال جاز له بالضرورة أن يخطبها. ومتى كان الزواج حراما، كانت الخطبة التي هي وسيلة إليه حراما كذلك. وهذه من الأحكام البديهية في الشرع.

- عيسى بن علي الحسني العلمي، كتاب النوازل، الجزء الأول، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة، 1983، ص. 50 وما بعدها.

نعم، لقد حاول البعض أن يجد للخطيبة الحامل مخرجا من ورطتها فأثبت حملها من خطيبها على اعتبار وجود إيجاب وقبول بين الخطيبين وثبوت الخلوة بينهما وإفشاء ذلك بين الأقارب والجيران وعدم اعتراض الخاطب عن حمل خطيبته.

- الغازي الحسيني، الولد للفراش، مجلة القضاء والقانون، العدد 130، ص. 45 وما بعدها.

- أحمد الخمليشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، م.س، ص. 36. غير أن المجلس الأعلى قد تصدى لهذه المواقف.

والظاهر أن المشرع المغربي قد تبنى هذا الموقف الأخير على ما يستفاد من مقتضيات المادة 156 من مدونة الأسرة.

وسنعود لهذا الموضوع بتفصيل حالة تطرقنا لإثبات النسب ونفيه.

ويستفاد مما سبق بيانه أن معرفة من تجوز خطبتها من النساء بقصد الزواج، متوقفة على معرفة المحرمات منهن تحريما مؤبدا أو تحريما مؤقتا، ولذلك مبحث خاص سنرجع إليه بتفصيل فيما سيأتي. يكفي أن نقول فقط إنه إذا كانت المرأة محرمة تحريما مؤبدا على الرجل كعمته أو خالته أو أخته أو من كانت زوجة لأبيه أو ابنه من النسب أو من الرضاع، فإن خطبتها تكون محرمة عليه تحريما مؤبدا، بحيث لا يمكن له أن يخطبها مطلقا في أي وقت كان، وإذا كانت المرأة محرمة عليه تحريما مؤقتا فقط كالمشركة وكزوجة الغير أو معتدته، فلا يجوز له أن يخطبها مادام سبب التحريم قائما بها. فإذا مازال ذلك السبب بأن أسلمت المشركة مثلا أو طلق الغير زوجته أو توفي عنها وانقضت عدتها منه، فإنه يصح لمن يريد الزواج منها أن يخطبها آنذاك[96].

وإذا قررنا أن للمرأة شرعا أن تخطب الرجل، فيجب عليها بدورها أن تحترم القاعدة أعلاه، بحيث ليس لها أن تخطب إلا من يحل لها الزواج به شرعا في الحال، وإلا ارتكبت حراما.

وقد استثنى الشرع من قاعدة أن الشخص لا يجوز له أن يخطب المرأة التي يحرم عليه أن يتزوجها في الحال صورة واحدة تتعلق بالمعتدة من وفاة حيث تجوز خطبتها تعريضا لا تصريحا[97]، ودليل ذلك قوله جلت قدرته:

﴿ ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم ﴾[98].

---

96 - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص. 54 وما بعدها.

97 - يقصد بالتصريح أن يذكر الرجل لفظا لا يحتمل معنى آخر غير رغبته في الزواج مثل أريد أن أتزوجك أو أخطبك لنفسي.

ويقصد بالتعريض أو التلميح أن يستعمل لفظا له معنى ظاهر ولكنه ينصرف إلى معنى آخر غير معناه الظاهر ومن ذلك أن يقول لها «وددت لو تيسرت لي امرأة صالحة» أو «إذا انقضت عدتك فأخبريني»، أو يذكر فضله ومنزلته بين أقرانه.

- محمد مصطفى شلبي، م.س، ص. 55 (الهامش رقم (2)).

ومن أمثلة الخطبة بالتعريض أنه يروى أن سكينة بنت حنظلة قالت: استأذن علي محمد بن الحسين، ولم تنقض عدتي من مهلك زوجي، فقال: « قد عرفت قرابتي من رسول الله ﷺ وقرابتي من علي وموضعي في العرب، قلت غفر الله لك يا أبا جعفر إنك رجل يؤخذ عنك، تخطبني في عدتي ! قال: إنما أخبرتك بقرابتي من رسول الله ﷺ ومن علي... ».

- أورده محمد أبو زهرة م.س، ص. 31.

98 - الآية 233 من سورة البقرة.

والمقصود بالنساء في هذه الآية المعتدات من وفاة بدليل الآية السابقة لها والتي تقول:

﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ﴾[99].

ذلك أنه يفهم من تخصيص التعريض في الخطبة بعدم الجناح والإثم، أن التصريح بالخطبة فيه جناح وإثم[100]. والتعريض قد يتخذ صورا لا تقع تحت حصر، وهي تكون بليغة بقدر بلاغة صاحبها، ومن ذلك قول الرجل أمام المعتدة وددت لو تيسرت لي امرأة صالحة أو إنني جاد في الزواج مستقبلا أو إنني راغب في الزواج من مثلك، ومنه ما روي عن النبي ﷺ أنه دخل على أم سلمة وهي متأيمة من أبي سلمة فقال: لقد علمت أني رسول الله، وخيرته من خلقه، وموضوعي من قومي[101].

وفي الفقه المالكي، تعتبر الهدية إلى المتوفى عنها من باب التعريض، لا التصريح بالخطبة[102].

---

99 - الآية 232 من سورة البقرة.

ومجمل الآيتين:

﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا فإذا بلغن أجلهن فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف والله بما تعملون خبير. ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم في أنفسكم. علم الله أنكم ستذكرونهن ولكن لا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله واعلموا أن الله يعلم ما في أنفسكم فاحذروه واعلموا أن الله غفور حليم ﴾.

- الآيتان 232 و 233 من سورة البقرة.

فالظاهر من القراءة المتأنية للآيتين أعـــلاه أن الله بين عدة المتوفى عنها زوجها والأحكام الأخرى المرتبطة بها حيث رفع سبحانه وتعالى الجناح عن التعريض بخطبتها أثناء العـــدة، ونهى عن المواعدة بالزواج عندما قـــال:

﴿ ولكن لا تواعدوهن سرا ﴾

والمقصود هنا الخطبة الصريحة، ثم نهى عن العقد عليها حتى تنتهي عدتها.

انظـــر :

- القرطبي مختصر تفسير القرطبي، م.س، المجلد الأول، 264 وما بعدها.

- سيد قطب، «في ظلال القرآن»، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1971، الجزء الأول، ص. 372 وما بعدها.

100 - ويقصد بالتصريح هنا اللفظ الذي لا يحتمل إلا الزواج.

- المقنع، م.س، ج. 3، ص. 7.

101 - رواه الدارقطني.

102 - ابن جزي، م.س، ص. 130.

وأخيرا، فإذا كان التعريض بالخطبة مباحا في حالة المعتدة من وفاة، فالمسألة تبقى استثناء لا يصح أبدا إعماله في حالات العدة الأخرى، ولو كنا في إطار عدة من طلاق بائن.

2. الشرط الثاني :

إذا خطب رجـل امرأة معينة ورضيت بهذه الخطبة فلا يجـوز لغيره من الأشخاص أن يخطبها مادامت الخطبة الأولى قائمة لم تنته. والأصل الذي بني عليه هذا الحكم هو قول الرسول الكريم ﷺ:

« المؤمـن أخ المؤمن فلا يحل للمؤمن أن يبتاع على بيع أخيه ولا يخطب على خطبته حتى يذر »[103].

---

103 - رواه أحمد ومسلم.

وفي رواية البخاري عن أبي هريرة: «لا يخطب الرجل على خطبة أخيه حتى ينكح أو يترك».

وفي رواية أبي داود: «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه، ولا يبيع على بيع أخيه حتى يأذن له».

جاء في تنوير الحوالك :

«قال مالك رضي الله عنه :

وتفسير قول رسول الله ﷺ . فيما نرى . والله أعلم :

لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه أن يخطب الرجل المرأة فتركن إليه ويتفقان على صداق واحد معلوم، وقد تراضيا فهي تشترط عليه لنفسها.

فتلك التي نهى أن يخطبها الرجل على خطبة أخيه، ولم يعن بذلك إذا خطب الرجل المرأة فلم يوافقها أمره ولم تركن إليه أن لا يخطبها أحد، فهذا باب فساد يدخل على الناس».

- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي الشافعي «تنوير الحوالك شرح على موطأ مالك»، ج.2، دار الكتب العلمية بيروت، ص. 62.

ويوضح محمد رياض الفكرة قائلا:

«ويقصد الإمام مالك أن النهي عن الخطبة على الخطبة يكون في حالة الخطبة الجدية التي تحصل بالتراكن والاتفاق والتراضي على شروط معينة.

أما إذا لم تقترن الخطبة بتلك الأشياء، فسوف يدخل الحرج والضيق على الناس في كل حالة تقع فيها الخطبة ولا يتم التوافق بين الخطيبين، فلا يستطيع أحد أن يخطب على الخطبة كما أن كل امرأة مخطوبة لا يتقدم إلى خطبتها أحد نظرا لذلك النهي، ولذلك عبر رضي الله عنه عن ذلك بقوله: «فهذا باب فساد يدخل على الناس» إشارة إلى الأصل العظيم وهو رفع الحرج والتخفيف على الناس وعدم التعسف في استعمال الحق».

وفي ذلك يقول الإمام الباجي عند شرحه للحديث مع بيان منحى الإمام مالك في توجيه النص، فقال في شرح الحديث: قوله ﷺ «لا يخطب أحدكم على خطبة أخيه نهى أن يخطب امرأة إذا أظهرت الرضا بالرجل فقد نهي غيره على أن يخطب تلك المرأة، وإن لم يتفقا على صداق».

التعسف في استعمال الحق، المطبعة الوراقة الوطنية، مراكش، 1992، ص. 120.

وعليه، فإن كانت المرأة قد رفضت خطيبها الأول أو عدل هـو نفسه عن تلك الخطبة، صح لغيره أن يخطبها لنفسه.

جاء في لسان العرب:

«وقوله في الحديث: نهى أن يخطب الرجل على خطبة أخيه، قال: هو أن يخطب الرجل المرأة فَتَرْكَنَ إليه ويتفقا على صداق معلوم، ويتراضيا، ولم يبق إلا العقد، فأما إذا لم يتفقا ويتراضيا، ولم يركن أحدهما إلى الآخر، فلا يمنع من خطبتها، وهو خارج عن النهي...»[104]. وجاء في كتاب المقنع:

"لا يحل للرجل أن يخطب على خطبة أخيه وإن رُدّ حل"[105].

وإذا لم يكن ثمة ركون فلا مانع يمنع رفض الخطبة بدليل حديث فاطمة بنت قيس: « حيث جاءت إلى النبي ﷺ فذكرت له أن أبا جهم بن حذيفة ومعاوية بن أبي سفيان خطباها فقال: أما أبو جهم فرجل لا يرفع عصاه عن النساء، وأما معاوية فصعلوك لا مال له ولكن انكحي أسامة»[106].

ومن الناحية الاجتماعية، فالخطبة على الخطبة كثيرا ما يترتب عليها إيقاع العداوة والبغضاء بين الأسر.

ثامنا ـ حكم الخطبة على الخطبة :

هذه مسألة لم يتعرض لها المشرع المغربي. ومن الناحية الفقهية، يرى جمهور الفقهاء أن عدم جواز خطبة شخص على آخر مسألة دينية صرفة تدخل ضمن علاقة الإنسان بربه. وعليه، فمتى خطب شخص على خطبة شخص آخر وأبرم عقد الزواج نتيجة لهذه الخطبة الثانية، كان هذا العقد صحيحا من كافة الوجوه، وإن كان الزوج قد

---

104 - ابن منظور، م.س، الجزء الأول، ص. 1113.

105 - المقنع، م.س، ج. 3، ص. 8.

106 - أشار إليه ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد، الجزء الثاني، م.س، ص. 2 و3.

وجاء في صحيح مسلم من حديث سفيان عن أبي بكر بن أبي الجهم بن صخير العدوي، قال:

«سمعت فاطمة بنت قيس تقول إن زوجها طلقها ثلاثا، فلم يجعل لها رسول الله ﷺ سكنى ولا نفقة، قالت: قال لي رسول الله ﷺ : إذا حللت فآذنيني فآذنته فخطبها معاوية وأبو جهم وأسامة بن زيد فقال رسول الله ﷺ : أما معاوية فرجل ترب لا مال له وأما أبو جهم فرجل ضراب للنساء ولكن أسامة بن زيد، فقالت بيدها هكذا أسامة أسامة فقال لها رسول الله ﷺ : طاعة الله وطاعة رسوله خير لك فتزوجته فاغتبطت».

أثم بخطبته على خطبة أخيه[107]، كما جاء في الحديث، متى كان على علم بالخطبة الأولى، إلا أن ذلك الإثم لا أثر له على العقد المبرم لأنه لم يصاحبه، وإنما قد كان لأمر سبقه ولم يتصل بشروط صحته ولا بأركانه.

ويرى داود الظاهري أنه إذا تزوج الرجل بعد خطبته على خطبة آخر كان هذا الزواج غير صحيح ووجب فسخه، لأن النهي في الحديث الشريف منصرف إلى الزواج في الأصل لا إلى الخطبة في ذاتها[108].

وروي عن الإمام مالك رضي الله عنه ثلاثة أقوال بهذا الصدد، أولها قول الجمهور، والثاني قول داود الظاهري، والثالث أن الفسخ يكون قبل الدخول لا بعده، وبئس ما صنع.

وقال ابن القاسم تلميذ الإمام مالك رضي الله عنهما إنما النهي إذا خطب رجل صالح على خطبة رجل صالح، أما إذا كان الخاطب الأول غير صالح والثاني صالح جازت الخطبة على الخطبة[109]، بل وعلى الولي أن يحضها على ذلك ويعينها عليه.

يقول الشيخ خليل:

«وحرم خطبة راكنة لغير فاسق»[110].

وهو رأي نجده عند ابن حزم الظاهري[111] وعند بعض الحنابلة ذلك[112].

---

107 - ويعتبر شيخ الإسلام ابن تيمية أن هذا الشخص عاص لله ورسوله وأن فعله يقدح في دينه وعدالته وولايته.
- أحمد بن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية، مكتبة المعارف بالرباط (ت.غ.م)، المجلد 32، ص. 7.

108 - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 61.

109 - أحمد بن رشد القرطبي الأندلسي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، دار الفكر، (ت.ط.غ.م) ص 2.

110 - ويشرح الخرشي قول الشيخ خليل كما يلي:
«يعني أن المرأة إذا ركنت لمن خطبها ووافقت على ذلك وهو غير فاسق وسواء قدر لها صداقا أو لا، يحرم حينئذ على غيره أن يخطبها، وبعبارة ومحل الحرمة إذا ركنت لغير فاسق في دينه ولو ذميا ركنت إليه ذمية فيحرم خطبتها على مسلم، وقوله في الحديث «أخيه» خرج مخرج الغالب. أما إذا ركنت لفاسق جاز الخطبة على خطبته لمن هو أحسن حالا منه ولو مجهول الحال، لأنه خير من الفاسق...».
انظـر: م.س، الجزء الرابع، ص. 128.

111 - ابن حزم، المحلى، الجزء 11، ص. 108.
قـال في ذلك:
«لا يحل لمسلم أن يخطب على خطبة مسلم، سواء ركنا وتقاربا أو لم يكن شيء من ذلك، إلا أن يكون أفضل لها في دينه وحسن صحبته، فله حينئذ أن يخطب على خطبة غيره ممن هو دونه في الدين وجميل الصحبة...».

112 - المقنع، م.س، ج 3، ص. 8.

ومن المعلوم أن رأي ابن القاسم، وكما أشرنا إلى ذلك من قبل، هو الراجح في المذهب المالكي.

ورغم أن المسألة تبدو دينية بالأساس، فقد يترتب عليها حكم بالتعويض المدني للطرف المتضرر تطبيقا لمقتضيات المادة 7 من مدونة الأسرة متى تحققت شروط ذلك التعويض، من الناحية القانونية.

تاسعا ـ النظر إلى المخطوبة :

1 ـ تقرير القاعدة

إن الزواج الذي يراد به الدوام والاستقرار لابد أن يبنى على أسس سليمة وتقوى من الله سبحانه وتعالى.

وأول خطوة يجب أن تتحقق بهذا الصدد هو أنه يستحسن لكل من الخاطب والمخطوبة أن يتعرفا على بعضهما البعض. ومن هذا المنطلق، نجد رسول الله ﷺ يقول للمغيرة بن شعبة حينما خطب امرأة لكي يتزوجها :

«أنظـــرت إليهـــا»؟

فيقول المغيرة : لا، فيقول له عليه الصلاة والسلام :

« انظر إليها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما »[113].

أي أن تحصل بينكما الموافقة والملاءمة.

ويقول الرسول الكريم ﷺ لجابر رضي الله عنه:

«إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر منها إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل»[114].

ويطبق جابر هذا حديث رسول الله ﷺ فيقول: « فخطبت جارية فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها».

ولقد استنبط جمهور الفقهاء من الحديثين الشريفين السالفين قاعدة شرعية مفادها أنه يستحب نظر الخاطب إلى مخطوبته ونظرها إليه[115]، حتى يقف كل منهما

---

113 - رواه البخاري ومسلم.

114 - رواه أحمد وأبو داود.

115 - وفيما يتعلق بنظر المخطوبة إلى خاطبها، فقد قرر الفقهاء جواز نظرها إليه حتى تكون على بينة وبصيرة

على أحوال الآخر، خاصة أن العين قد تكون رسولا إلى الفؤاد، فيكون النظر الأول سبيلا لالتقاء القلوب وائتلاف الأرواح. والنتيجة حب صادق وطاهر قد يزيد فرصة الزواج والتعجيل به.

ويجمع الفقه الإسلامي على أن النظر إلى المخطوبة يجب ألا يكون في خلوة، بل في حضرة أحد من محارم المخطوبة، لأنه عليه الصلاة والسلام قد نهى نهيا شديدا عن خلوة الرجل بالمرأة الأجنبية عنه عندما قال:

«من كان يؤمن بالله واليوم الآخر، فلا يخلون بامرأة ليس معها ذو محرم منها، فإن ثالثهما الشيطان»[116].

وحتى تكون الرؤية مباحة ومشروعة في نظر الإسلام، فإنه يشترط، بالإضافة إلى ما سبق:

1 ـ أن يعلم الخاطب أو يغلب على ظنه أنه سيجاب إلى خطبته، فإن علم أنه لن يجاب إلى خطبته أو أنها مخطوبة لغيره، فإن النظر إليها يكون حراما تماما كما يحرم النظر إلى الأجنبية. جاء في متن الشيخ خليل:

«ونظر وجهها وكفيها فقط بعلم»[117].

فيما هي قادمة عليه، فإن لم يتيسر لها النظر إليه، لفرط حياء يغلب عليها، فلها أن ترسل من محارمها من يخبرها عن صفات الخلقية والخلقية، وفي هذا يقول الشافعية «يسن لها النظر إذا أرادت أن تتزوجه فإنه يعجبها منه ما يعجبه منها». شرح جلال الدين على المنهاج، الجزء الثالث، ص. 208.

وقال الحطاب من فقهاء المالكية: «ولا نص فيه عندنا، والظاهر ندبه وفاقا للشافعية» مواهب الجليل، الجزء الثالث م.س، ص. 404.

ويرى ابن عابدين وهو من متأخري فقهاء الحنفية أن «المرأة يحل لها أن تنظر للخاطب، بل هي أولى منه في ذلك...».

- رد المحتار، الجزء الخامس، ص. 258.

وفي نظر الحنابلة أنها تنظر إليه إذا عزمت على زواجه كما أن له أن ينظر إليها.

- ابن قدامة، المغني، الجزء السابع، ص. 454.

وهكذا «يتبين لنا أن الإسلام يحرص كل الحرص على أن تقام الحياة الزوجية على أساس متين خال من أي لون من ألوان الغش والتدليس والخداع وبذلك يتحقق لكل منهما آماله وأمانيه تحت ظل حياة زوجية يسودها الإخلاص والمحبة».

- عبد السلام محمد الشريف العالم، م.س، ص. 28.

116 - خرجه أحمد بن حنبل.

117 - جاء في الشرح:

«يعني أنه يندب لمن أراد نكاح امرأة إذا رجا أنها ووليها يجيبانه إلى ما سأل وإلا حرم نظر وجهها وكفيها فقط بعلمها بلا لذة بنفسه ووكيله مثله إذا أمن المفسدة ويكره استغفالها لئلا يتطرق أهل الفساد لنظر محارم الناس

2 ـ ألا يقصد بنظرته اللذة والمتعة، لأنه إنما ينظر إلى من يود خطبتها تطبيقا لسنة سنها رسول الله ﷺ. غير أنه متى جاءت اللذة والمتعة بدون قصد فلا بأس بذلك.

وإذا جاز النظر استثناء إلى المخطوبة وللضرورة، فإن الضرورة تقدر بقدرها، فلا يجوز مسها إذ لا ضرورة في ذلك ولا حاجة، وإنما هو تمتع جنسي ومقدمة من مقدمات الزنا[118]، تحرمه الشريعة تحريما قاطعا، بل وتعاقب عليه بالجلد أو بالرجم حسب الأحوال.

2 ـ ما يصح النظر إليه في المخطوبة :

يقول الله تعالى في كتابه العزيز:

﴿قل للمومنين يغضوا من أبصارهم ﴾[119].

وللخطبة في الشرع حكمها الخاص.

أجاز كل من الإمام مالك والإمام الشافعي[120] رضي الله عنهما النظر إلى وجه المخطوبة وكفيها. وإلى ذلك مال أكثر الفقهاء. ذلك أن الوجه مجمع المحاسن في المرأة غالبا ومحط الرؤية، والكفين فيهما دلالة على الصحة والخصوبة وعلى حال الجسم من النحافة والامتلاء، يقول الفقيه المالكي الخرشي:

ويقولون نحن خطاب. ويستحب لها أيضا أن تنظر منه الوجه والكفين».

- الخرشي، م.س. الجزء الرابع، ص. 122.

وانظر كذلك:

- الآبي الأزهري، م.س، الجزء الأول، ص. 275.

- الحطاب، م.س، المجلد الثالث، ص. 404 وما بعدها.

- عبد الرحمن عتر، م.س، ص. 236.

- محمد مصطفى شلبي، م.س، ص. 51.

118 – انظر حول الموضوع:

- د. عبد الرحمن عتر، خطبة النكاح، م.س، ص. 231 وما بعدها.

- ابن عابدين، حاشية ابن عابدين، الجزء الخامس، 1299هـ (م.غ.م)، ص. 326.

119 – الآية 30 من سورة النور.

120 - انظر بالنسبة للمذهب الشافعي:

– الجويني، م.س، ج. 12، ص. 36.

«...وإنما اقتصر في الرؤية على الوجه والكفين لأنه يستدل بالوجه على الجمال، وبالكفين على خصب البدن، فلا حاجة لما وراء ذلك...»[121].

وقد سمح بعض الأحناف بأن ينظر الرجل إلى قدمي مخطوبته أيضا، زيادة في التعرف عليها.

والذي اشتهر عن مذهب الإمام أحمد بن حنبل أنه يصح للرجل النظر إلى ما يظهر من الجسم غالبا كالوجه والرقبة والكفين والقدمين[122].

ويجوز للخاطب أن يكرر النظر إلى مخطوبته والاجتماع بها مع محرم لها من

---

121 - القرشي، م.س، الجزء الرابع، ص. 122.

يرى جانب من العلماء أن هذا الحكم مستنبط من قوله تعالى:

﴿ وقل للمؤمنات يغضضن من أبصارهن ويحفظن فروجهن ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها ﴾.

- الآية 32 من سورة النور.

يقول القرطبي بشأن هذه الآية:

«...أمر الله سبحانه وتعالى النساء بألا يبدين زينتهن للناظرين، إلا ما استثناه من الناظرين في باقي الآية حذارا من الافتتان، ثم استثنى ما يظهر من الزينة، واختلف الناس في قدر ذلك، فقال ابن مسعود: ظاهر الزينة هو الثياب. وزاد ابن جبير الوجه. وقال سعيد بن جبير أيضا وعطاء والأوزاعي: الوجه والكفان والثياب. قال ابن عطية ويظهر لي بحكم ألفاظ الآية أن المرأة مأمورة بأن لا تبدي وأن تجتهد في الإخفاء لكل ما هو زينة ووقع الاستثناء فيما يظهر بحكم ضرورة حركة فيما لابد منه، أو إصلاح شأن ونحو ذلك. و(ما ظهر) على هذا الوجه، مما تؤدي إليه الضرورة في النساء فهو المعفو عنه.

قلت: هذا قول حسن، إلا أنه لما كان الغالب من الوجه والكفين ظهورهما عادة وعبادة وذلك في الصلاة والحج، فيصلح أن يكون الاستثناء راجعا إليهما. ولمراعاة فساد الناس فلا تبدي المرأة من زينتها إلا ما ظهر من وجهها وكفيها...».

- مختصر تفسير القرطبي، الجزء الثالث، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، طبعة 2001، ص. 238.

122 - انظر حول الموضوع:

- محمد أبو زهرة م.س، ص. 29.

وانظر من أجل التوسع حول موقف الفقه الحنبلي:

- ابن قدامة م.س، ص. 454.

جاء في كتاب المقنع:

"... ويجوز لمن أراد خطبة امرأة النظر إلى وجهها من غير خلوة بها، وعنه له النظر إلى ما يظهر غالبا كالرقبة واليدين والقدمين...".

وجاء في الهامش، وبعد استعراض ما روي عن جابر رضي الله عنه السابق والذي رواه أبو داود:

"لأنه عليه الصلاة والسلام، لما أذن في النظر إليها من غير علمها علم أنه أذن في النظر إلى ما يظهر غالبا إذ لا يمكن إفراد الوجه بالنظر مع مشاركة الغير له في الظهور...".

- م.س، الجزء الثالث، ص. 4.

أقاربها كأخيها أو خالها أو ابنها أو جدها حتى تنطبع في نفسه صورتها الحسية والمعنوية، وحتى يتأكد من أنها تتصف بما يريد أن تكون عليه شريكة حياته وأم أولاده في المستقبل.

وقد أجاز العلماء مجالسة المخطوبة بحضور محارمها والتحدث إليها بغية التعرف أكثر إليها، ولعلنا نجد الدليل على ذلك في السنة النبوية الطاهرة، فإن رسول الله ﷺ خطب أم سلمة وتحدث إليها وتحدثت إليه وبينت ما فيها من أعذار قد تعوق الحياة الزوجية وبين لها الرسول ﷺ حلا لهذه الأعذار، وقيل كل ما ذكرته من عيوبها، وبينت أن فيها غيرة شديدة وأنها كثيرة الأولاد وأنها كبيرة، فأجابها ﷺ بأن الأولاد في رعاية الله وأما السن فقد أصابه ما أصابها، وأما الغيرة فسيذهبها الله سبحانه وتعالى[123].

وفي الفقه المالكي، يصح للخاطب أن يوكل امرأة لكي تنظر من المرأة ما لا يستطيع هو النظر إليه[124]، كما يجوز له أن يسأل الغير عنها وعن أهلها[125].

والقاعدة أن المرأة في هذه الأحكام السابقة، حكمها حكم الرجل، فكل ما أجازه الفقهاء للرجل فهو جائز للمرأة، فيجوز لها أن تخطب الرجل، كما يجوز له أن يخطبها، ويجوز لها أن تنظر إليه كما يجوز له أن ينظر إليها[126]، ويحرم عليها – مبدئيا – أن تخطب رجلا أجيب إلى خطبته من امرأة أخرى[127]. فالمرأة والرجل في هذه الأحكام على قدم المساواة[128].

عاشرا - انقضاء الخطبة :

تنقضي الخطبة عادة بمجرد تحقق الغرض الأساسي المتوخى منها والمتمثل

---

123 - عبد الرحمن عتر، م.س، ص. 240 . 241.

124 - حاشية الدسوقي، م.س، الجزء الثالث، ص. 4.

125 - جاء في متن الشيخ خليل:

«... وجاز ... ذكر المساوئ...».

أي جاز لمن استشير ذكر المساوئ، أي العيوب التي للزوج أو للزوجة إذا عرفها وإلا وجب لأنه نصح للمستشير.

- الآبي الأزهري، م.س، المجلد الأول، ص. 276.

126 - ولمزيد من الاطلاع ينظر إلى كتاب ابن القطان الفاسي، النظر في أحكام النظر بحاسة البصر، طبعة دار الصحابة للتراث بطنطا، الطبعة الأولى، 1994، ص. 131 وما يليها.

127 - هذا مع العلم أنه يجب أن ندخل في الاعتبار أن للزوج أن يعدد زوجاته في حدود ما تقضي به أحكام الشريعة الإسلامية، ومن هذه الناحية، من المتصور أن يخطب أكثر من امرأة في ذات الوقت.

128 - د. محمود محمد الطنطاوي، م.س، ص. 18.

في إبرام عقد الزواج. وقد تنقضي الخطبة بأسباب أخرى غير الزواج كوفاة الخاطب أو وفاة المخطوبة أو تقايلهما[129] أو عدول أحدهما عنها بإرادته المنفردة، طبقا لما يقضي به منطوق المادة السادسة من مدونة الأسرة وقد جاء فيها:

«يعتبر الطرفان في فترة خطبة إلى حين الإشهاد على عقد الزواج، ولكل من الطرفين العدول عنها».

وللاعتبارات السالف ذكرها، فإن مسألة العدول عن الخطبة قاعدة تتصل بجوهر النظام العام، بحيث لا يمكن النزول عنها أو الاتفاق على ما يخالفها بالنسبة للرجل والمرأة على حد سواء. لأن هذا العدول إنما تقرر لأسباب اجتماعية تسمو على مصالح الأفراد الخاصة، مع العلم أن هذه القاعدة – أي العدول عن الخطبة – تسود في أغلب التشريعات المقارنة.

والخطبة التي تنتهي من غير زواج قد تطرح بعض المشاكل القانونية التي تتعلق أساسا بمصير المهر والهدايا التي قدمها الخاطب بالخصوص إلى مخطوبته، وبإمكانية التعويض المدني عن فسخ الخطبة الذي يتم بإرادة أحد الخطيبين المنفردة، في إطار الأحكام العامة للمسؤولية المدنية.

إحدى عشر – مصير الصداق والهدايا :

إذا عدل أحد الطرفين أو كلاهما معا عن الخطبة، فما أثر ذلك على ما سبق تقديمه من صداق أو هدايا؟

1 – مصير الصداق :

الصداق شرط من شروط صحة الزواج على ما أكده المشرع نفسه[130]. غير أنه قد يحدث أن يقدمه الخاطب لمخطوبته. كله أو جزءا منه قبل إبرام عقد الزواج لأسباب

129 - والتقايل يعني الاتفاق بين الخاطب والمخطوبة على إنهاء الخطبة.
واعتبر المشرع المغربي الإقالة الاختيارية La résiliation volontaire من أسباب انتهاء الالتزامات، حيث نظمها في الفصول من 393 إلى 398 من ق.ل.ع.
ولمزيد من الإيضاح حول الإقالة، تراجع مصنفات القانون المدني، وخاصة تلك المتعلقة بالنظرية العامة للالتزامات.

130 - راجع المادة 13 من مدونة الأسرة.

ظهرت له، أو لاتفاق تم بين الطرفين، أو لأن المخطوبة تشترط ذلك، وهو شرط لا مخالفة فيه للنظام العام ولا لأحكام الشرع[131].

ولا خلاف بين الفقهاء في أنه يجب ردّ الصداق أو ردّ الجزء الذي قدم منه حال انقضاء الخطبة أو فسخها. وأساس ذلك أن الصداق يجب بعقد الزواج، لأنه شرط من شروط صحته، وما دام الزواج لم يتم فعلا فلا حق للمرأة في الاحتفاظ به[132]، تطبيقا لمبدأ عدم الإثراء بلا سبب مشروع على حساب الغير، مالم يتنازل عنه الخاطب عن طيب خاطر، أي من دون ضغط أو إكراه[133].

وقد ارتأى المشرع أن يقنن هذا الحكم من خلال مقتضيات المادة 9 من مدونة الأسرة عندما قرر أنه:

«إذا قدم الخاطب الصداق أو جزءا منه، وحدث عدول عن الخطبة أو مات أحد الطرفين أثناءها، فللخاطب أو لورثته استرداد ما سلم بعينه إن كان قائما، وإلا فبمثله أو قيمته يوم تسلمه.

إذا لم ترغب المخطوبة في أداء المبلغ الذي حول إلى جهاز، تحمل المتسبب

131 - بل وهناك من يستنتج ذلك مما قاله نبي الله شعيب لنبي الله موسى عليهما السلام في سورة القصص:
﴿قال إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج، فإن أتممت عشرا فمن عندك﴾.
– الآية 27.
انظر بهذا الخصوص:
– القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج. 13، ص. 271 وما بعدها.

132 - محمد مصطفى شلبي، م.س، ص. 65.
- محمد أبو زهرة، م.س، ص. 41.

133 - جاء في فتوى للمهدي الوزاني:
«وسئلت عن رجل دفع مالا لامرأة يرغب في نكاحها، والعادة أنه إذا أنكحها حسب لها ذلك من الصداق، فمات أحدهما قبل حصول النكاح وبعد الركون، هل يرجع المال للرجل أم لا؟
فأجبت: وأما الرجل الذي دفع مالا لامرأة ليتزوجها ولم يتوصل بها، فإنها ترد ما قبضته، لأن الذي دفع ماله لأجله لم يتمكن منه.
قال أبو العباس الرسموكي: كل ما يعطيه الزوج من مأكول أو غيره للزوجة أو لوليها بالشرط أو بالعادة، فهو محسوب من الصداق، فإن انبرم النكاح، ثم طلقها قبل البناء رجع إليه نصف ذلك، وإن كان دفع ذلك قبل انعقاد النكاح، ثم تأخر أحدهما وامتنع من النكاح رجع إليه جميع ما دفع لأجلها لعدم حصول المقصود(هـ)...».
- م.س، الجزء الثالث، ص. 253.

في العدول ما قد ينتج عن ذلك من خسارة بين قيمة الجهاز والمبلغ المؤدى فيه.

وهكذا، مثلا – وحسب الفقرة الثانية من المادة 9 أعلاه – فقد تقتني المخطوبة بمبلغ الصداق جهازا ما بموافقة الخاطب أو بإيعاز منه، ثم يقوم بعد ذلك مباشرة بفسخ الخطوبة، وبدون سبب. وفي هذه الحالة، من غير المقبول أن يطلب من المخطوبة أن ترجع إليه المبلغ الذي سبق له أن أعطاه إياها نقدا، وإنما له الجهاز أو الثمن الذي بيع بـه[134].

غير أن الخطأ قد يأتي من المخطوبة وليس من الخاطب، وفي هذه الحالة، فهي تحاسب – في إطار المادة أعلاه – على خطئها.

وقد تدعي المخطوبة من أجل الاحتفاظ بالصداق أو بنصفه أن الزواج قد أبرم، فتكون مدعية عليها أن تثبت ما تدعيه، وقد يستعان في حل المسألة بالعوائد والأعراف السائدة في المكان الذي يوجدان به[135].

2- مصير الهدايا:

بعكس الحكم المجمع عليه، المقرر بالنسبة للصداق، فقد اختلفت المذاهب الفقهية السنية حول مصير الهدايا[136] الأخرى من غير الصداق اختلافا بيّنا في هذا

134 - وقد أحسن المشرع القطري صنعا عندما ترك للمخطوبة الخيار في الفقرة الأخيرة من المادة 7 من قانون الأسرة وقد جاء فيها:

«وإذا اشترت المخطوبة بمقدار مهرها أو بعضه جهازا، ثم عدل الخاطب، فلها الخيار بين إعادة المهر، أو تسليم ما يساويه من الجهاز كلا أو بعضا وقت الشراء مع الباقي من المهر».

135 - المزغراني، م.س، الجزء الأول، ص. 24.

136 - يمكن تعريف الهدية بأنها «ما يقدمه الواهب للموهوب له على وجه الإكرام والتودد والمكافأة. وأما إن قصد منه ثواب الآخرة فهو الصدقة وإن لم يقصد بعطائه شيئا فيسمى هبة وعطية ونحلة. فمن قصد بإعطائه لغيره ثواب الآخرة فقط فعطيته على هذا الوجه صدقة وإن قصد بإعطائه إكراما وتوددا فعطيته هدية، وإلا فإن لم يقصد بإعطائه شيئا مما ذكر فما أعطى هبة وعطية ونحلة، أي يسمى ذلك. فالألفاظ الثلاثة متفقة معنى وحكما، ويعم جميعها لفظ العطية لشمولها لها. ويمكن أن تشمل العطية كل مال كيفما كانت طبيعته، أي المنقولات والعقارات والأشياء المعنوية.

- عبد الرحمن عثر، م.س، ص. 343.

- ولمزيد من التوضيح انظر:

- عبد السلام حادوش، القاسم المشترك بين النحلة والهبة والصدقة. مقال منشور بمجلة نظرات في الفقه والقانون، العدد الثالث، ص. 14 وما بعدها.

الصدد. فقد ذهب الشافعية إلى وجوب ردها مطلقا كانت باقية أم غير باقية، فإن كانت باقية ردت بعينها وإن هلكت أو استهلكت وجب رد مثلها أو قيمتها سواء أكان العدول من قبل الخاطب أو من قبل المخطوبة[137].

وذهب الحنفية إلى وجوب رد الهدية مادامت موجودة بعينها وإلى عدم ردها مطلقا متى ضاعت أو استهلكت أو اتصلت، ذلك أنهم «أعطوا الهدية حكم الهبة والهبة يمتنع الرجوع فيها بموانع منها الهلاك والاستهلاك والخروج عن الملك والزيادة المتصلة التي لا يمكن فصلها»[138].

ويرى المالكية في هذا الصدد أنه إذا كان العدول من الخاطب فلا يجوز له الرجوع في شيء من الهدايا التي سبق له أن قدمها للمخطوبة، لأنه آلمها بعدوله فلا يجمع عليها مع هذا الألم ألما آخر، وإن كان العدول من الخاطبة وجب عليها رد كل ما أخذته بعينه إذا كان موجودا وإلا ردت مثله أو قيمته إن هلك أو استهلك إذ لا وجه لها في أخذه بعدما آلمته بفسخ الخطبة[139].

وإن هذا الرأي السليم هو الذي سبق أن قننته مدونة الأحوال الشخصية الملغاة من خلال فصلها الثالث الذي ينص على أنه:

«لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة.

للخاطب أن يسترد الهدايا إلا إذا كان العدول عن الخطبة من قبله»[140].

137 - انظر بشأن تفاصيل الموضوع على مستوى المقارنات الفقهية:

- محمد مصطفى شلبي، م.س، ص. 65 وما بعدها.

138 - محمد مصطفى شلبي، م.س، ص. 66.

139 - «وهذا هو أرجح الأقوال في مذهب الإمام مالك وهناك رأيان آخران لا يرجع بشيء أهدى أو أنفق، ولو كان الرجوع من جانبها، والآخر أنه يرجع في الهدايا ولا يرجع في الإنفاق، ولقد جاء في الشرح الكبير للشيخ الدردير أن الأوجه الرجوع عليها إذا كان الامتناع من جهتها إلا لعرف أو شرط لأن الذي أعطى لأجله لم يتم، أما إذا كان العدول من جهته فلا رجوع له قولا واحدا. ويلاحظ أنه قيد عدم الرجوع بحال ما إذا لم يكن هناك شرط للرجوع عند تقديم الهدية، فإن الشرط ينفذ، وهو لم يكن خادعا لها بهذا الاشتراط، وكذلك إذا كان هناك عرف يسوغ الرجوع، فإنه يكون المشروط فلا يكون ثمة خداع...».

- أورده محمد أبو زهرة، م.س، ص. 43.

140 - بالنسبة لهذه الخلافات انظر:

- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 65 وما يليها.

- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 50 وما بعدها.

ويلاحظ أن أحمد الخمليشي يأخذ على المشرع بالخصوص عدم صياغته للنص المغربي بكيفية واضحة لا تثار معها أي مشكلة أثناء التطبيق، وقد عزز موقفه بقرار صادر عن المجلس الأعلى (رقم 818 بتاريخ 13 دجنبر 1978 ☜

وقد سارت مدونة الأسرة بدورها في نفس الاتجاه، مع توضيح لحكم الحالة التي قد يستحيل أو يصعب فيها رد الهدية بعينها. وهكذا، جاء في المادة 8 ما يلي:

«لكل من الخاطب والمخطوبة أن يسترد ما قدمه من هدايا، مالم يكن العدول من قبله.

ترد الهدايا بعينها، أو بقيمتها حسب الأحوال».

ولعل من مزايا التشريع القطري أنه منع الاسترداد في حالة الوفاة[141].

على أن الخاطبة قد تنكر توصلها بالهدية التي يدعيها الخاطب، وفي هذه الحالة تعتمد قاعدة البينة على المدعي واليمين على من أنكر، وسندنا في ذلك المادة 400 من مدونة الأسرة.

ومن النزاعات التي عرضت بهذا الصدد على القضاء المغربي، قضية نجمل وقائعها فيما يلي:

خطب السيد ع.ز. الآنسة خ.ف. من عائلتها قصد الزواج بها. واستجابت الفتاة لهذه الخطبة التي أعلنت وذاع أمرها بين الناس.

في القضية المدنية تحت عدد 67 703) يفرض على الخطيبة إذا ما أرادت الاحتفاظ بالهدية أن تقوم «بكل ما يخوله لها القانون من أجل مطالبة المدعي بإتمام عقد الزواج» خلافا للنص الذي يقضي ضمنيا لتحقيق ذلك ألا يكون الرفض قد كان من جانبها.

ونعتقد من جهتنا أن الخلل قد وقع في تطبيق النص وليس في صياغته، ورغم ذلك، فإن المشرع الجزائري كان أكثر ضبطا للنص من نظيره المغربي عندما نص في المادة الخامسة من قانون الأسرة على ما يلي:

«... لا يسترد الخاطب شيئا مما أهداه إن كان العدول منه.

وإن كان العدول من المخطوبة فعليها رد ما لم يستهلك».

والظاهر أن المشرع الجزائري قد مزج - أي لفق - بين أحكام المذهبين المالكي والحنفي.

وبعدما أخذ المشرع التونسي بدوره بنفس القاعدة أكد على أنها ليست من النظام العام إذ جاء في الفصل الثاني من مجلة الأحوال الشخصية:

«يسترد الخاطب الهدايا التي يقدمها إلى خطيبته إلا إذا كان العدول من قبله أو وجد شرط خاص».

وإذا كان المشرع المغربي قد تحدث عن الهدايا التي يقدمها الخاطب، فإن المنطق القانوني وانطلاقا من الهدف المتوخى تشريعيا من الحكم أعلاه يجعلنا نسوي في هذا الحكم بين الخاطب ومخطوبته فيما إذا قدمت هي له بعض الهدايا. وانظر في نفس الاتجاه:

- علال الفاسي، التقريب، شرح مدونة الأحوال الشخصية، مطبعة الرسالة بالرباط، 1974، ص. 106.

141 - تنص المادة 8 من قانون الأسرة القطري على ما يلي:

«يرد من عدل عن الخطبة دون مقتضى الهدايا بعينها إذا كانت قائمة، وإلا فمثلها أو قيمتها يوم القبض.

وإذا عدل بمقتضى استرد ما أهداه بعينه إن كان قائما، أو قيمته يوم القبض، ما لم تكن الهدايا مما تستهلك بطبيعتها، أو كان العرف يقضي بخلاف ذلك.

وإذا انتهت الخطبة بالوفاة، أو بسبب لا يد لأحد الطرفين فيه، أو بعارض حال دون الزواج، فلا يسترد شيء من الهدايا».

وفي أثناء فترة الخطبة، تبرع الخاطب على مخطوبته بقطعة أرضية مساحتها عشرة هكتارات وهي من أجود الأراضي الموجودة بضواحي مدينة فاس. وقد سجلت تلك البقعة باسمها في السجل العقاري.

بعد ذلك عمدت الفتاة المخطوبة إلى الزواج من رجل آخر غير المتبرع.

رفع الخاطب الأول دعوى على المتبرع إليها خ.ف. يطلب من خلالها من القضاء الحكم له برجوعه فيما سبق له أن تبرع به، واستند في دعواه على مقتضيات الفصل الثالث من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

وقد حكم القضاء المغربي في هذه النازلة بأحقية الخاطب في استرجاعه لهديته، عندما تبين له أن ما قامت به المخطوبة هو عمل مشوب بسوء نية، واستخلص من ذلك أن العدول كان من جانبها وليس من جانبه[142].

وبخصوص دعوى سابقة، قرر المجلس الأعلى ما يلي :

«بما أن المدعى عليها هي التي ستستفيد من تملكها الهدية التي أهديت لها بمناسبة الخطبة، فإنه كان عليها أن تثبت أنها فعلت كل ما يخوله لها القانون من أجل مطالبة المدعي بإتمام عقد الزواج بها، وأنه هو الذي كان يماطل إلى أن تخلى عنها نهائيا...»[143].

3- أحكام الهدايا في الخطبة هي غير أحكام الهدايا بعد إبرام عقد الزواج:

ونشير في النهاية إلى أن حكم الهدايا أثناء الخطبة هو غير حكم الهدايا أثناء الزواج، وفي ذلك يقول ابن عاصم الغرناطي في فصل فيما يهديه الزوج، ثم يقع الطلاق:

---

142 - جاء في هذا القرار:

«ما دامت المخطوبة لم تثبت ادعاءها بإلحاحها على الخاطب لإتمام الزواج، وما دامت تزوجت بالغير، فإن كل ذلك يعتبر بالدليل الملموس والحجة الواضحة على عدولها عن الخطبة ولا يمكن الاحتجاج بطول أمد الخطبة خصوصا أن المشرع لم يحدد للخطبة أمدا تنتهي إليه...».

- قرار محكمة الاستئناف بمكناس بعد الإحالة من المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 7 أكتوبر 1980 والمنشور بمجلة رابطة القضاة، العددان 8 و 9، ص 155 وما بعدها.

- راجع تعليق الأستاذ محمد بن أحمد الجراوي على القرار أعلاه، منشور بنفس المرجع السابق، ص. 164 وما بعدها.

143 - قرار مدني صادر عن المجلس الأعلى تحت عدد 881 بتاريخ 13 دجنبر 1978، منشور بكتاب أحمد الخمليشي، الجزء الأول، م.س.، ص. 54.

وكل ما يرسله الزوج إلى زوجته من الثياب والحلي
فإن يكن هدية سماها فلا يسوغ أخذه إياها
إلا بفسخ قبل أن يبتنيا فإنه مستخلص ما بقيا
وإن يكن عارية وأشهدا من قبل سرا فله ما وجدا
ومدع إرسالها كي تحتسب من مهرها الحلف عليه قد وجب
ثم لها الخيار في صرف وفي إمساكها من الصداق فاعرف
ومدعي الإرسال للثواب شاهده العرف بلا ارتياب

«يعني أن ما يرسله الزوج ويبعثه إلى زوجته قبل البناء من الثياب والحلي وغير ذلك، ثم يقع الفراق بطلاق أو بفسخ، فهل يرجع ذلك للزوج أو تستبد به الزوجة؟ في ذلك تفصيل، فإن سمي ذلك هدية فليس له ارتجاعه وكان للزوجة، إلا أن يفسخ النكاح بينهما قبل البناء بوجه من وجوه الفسخ، فله حينئذ استخلاص ما بقي دون ماضاع منها فلا تطالب به، وعلى ذلك نبه بالأبيات الثلاثة الأولى. وإن أشهد الزوج سرا بأن ذلك عارية للزوجة، فله استرجاع ما وجد منها في الطلاق والفسخ وبقاء العصمة، فإن ادعى إرسالها تحسب له من المهر، حلف على ذلك، وكانت الزوجة مخيرة بين صرف ذلك للزوج ورده له أو تحبس ذلك وتحسبه من المهر كما زعم الزوج، وإن ادعى أن ذلك هبة للثواب رجع بذلك للعرف، فإن شهد له العرف صدق في دعواه وإلا فلا...»[144]

وهكذا، فإن حكم الهدايا أثناء الخطبة هو غير حكم الهدايا أثناء الزواج، على ما يتضح مما سبق بيانه. وقد نظم المشرع حكم الهدايا بعد انتهاء الخطبة بغير زواج، وسكت عن حكم الهدايا أثناء سريان عقد الزواج، ومن ثمة يجب تطبيق القواعد أعلاه، بالاعتماد على الإحالة الصريحة على الفقه المالكي المنصوص عليها ضمن مقتضيات المادة 400 من مدونة الأسرة.

والظاهر أن ما تقرر بالنسبة لهدايا الزوج إلى زوجته من أحكام، يصح كذلك

144 - ميارة الفاسي على تحفة الحكام، م.س، ص. 187.
راجع في الموضوع فتوى مفصلة للرهوني أوردها المهدي الوزاني، م.س، الجزء الثالث، ص. 399.

بالنسبة لهدايا الزوجة إلى زوجها، بخلاف ما يخص الصداق الوارد في النص أعلاه لأنه حق لها لا للزوج.

اثنى عشر - التعويض عن العدول عن الخطبة :

1- في إطار مدونة الأحوال الشخصية الملغاة :

لقد رأينا سابقا أن الفتى والفتاة الراغبين في إبرام عقد زواج بينهما، كثيرا ما يسلكان طريق الخطبة تمهيدا لذلك، وغاية الأمر أن يتعرف كل منهما على أحوال الآخر معرفة جيدة. وبناء على ما تحقق لهما من خلال تلك المعرفة، وبناء على ما تأكد لهما إما أن يَقْدِما على الزواج وإما أن يعدلا عنه، وبذلك تكون الخطبة قد حققت الغاية المتوخاة منها.

وكثيرا ما يصاحب عدول أحد الخطيبين عن الخطبة خيبة أمل كبيرة لدى الطرف الآخر، وقد يلحق به ذلك العدول ضررا ماديا أو معنويا حالا ومباشرا، قد يأتي نتيجة الظروف التي أحاطت بالخطبة بتدخل أو عدم تدخل من الجانب الآخر.

ولهذا الاعتبار، وقع التساؤل من جانب الفقه حول إمكانية رفع دعوى التعويض من طرف المتضرر من الطرفين في إطار الأحكام العامة للمسؤولية المدنية التي تمنع كقاعدة الإضرار بالغير بدون وجه حق[145]، بل وفي إطار القاعدة الشرعية التي تقضي

145 - غير أن المشرع المغربي، وقد قرر أن الخطبة مجرد تواعد بالزواج وليست بزواج، لم يحسم في مسألة من الأهمية بمكان وهي هل الخطبة عقد أم ليست بعقد، وإذا كانت عبارة عن عقد، فهل هي تخضع للمبادئ العامة للتعاقد، أم هي عقد من طبيعة خاصة تترتب عليها آثار من نوع خاص؟
نظرا لسكوت المشرع عن هذه المسألة، ونظرا لأننا لا نتوفر على اجتهادات قضائية يمكن أن تحسم في الموضوع، نعطي فكرة عامة عنه في كل من القانونين الفرنسي والمصري.
ففي القانون الفرنسي، فقد قيل في البداية بالطابع التعاقدي للخطبة، وترتب على ذلك أن إنهاء الخطبة يرتب مسؤولية عقدية، غير أن هذا الموقف لم يستمر طويلا، حيث تحول الفقه والقضاء عنه إلى الطابع التقصيري.
وفي القانون المصري، فقد استقر الفقه والقضاء منذ بداية طرح المشكل على أن الخطبة ليست مبدئيا بعقد، وأنه يمكن في حالات معينة أن تترتب على إنهائها مسؤولية تقصيرية.
أ - النظرية العقدية للخطبة خلال القرن التاسع عشر :
إن المبادئ الفقهية التي سادت في فرنسا خلال القرن التاسع عشر، تعتبر الخطبة عقدا يرتب التزاما بعمل يتحول عند عدم الوفاء به إلى تعويض، وقد ظهرت هذه النظرية هناك غداة صدور القانون المدني سنة 1804، إذ أراد الشراح أمام سكوت المشرع من تنظيم الأحكام المتعلقة بالخطبة أن يؤسسوا الأمور المتعلقة بها على الأحكام العامة للقانون المدني، وخصوصا تلك المنصوص عليها في الفصل 1142، والتي تنص على أنه :
«كل التزام بعمل أو بامتناع عن عمل يتحول إلى تعويض إذا لم يقم المدين بتنفيذه».
وبالإضافة إلى ذلك، فقد طبق الفقه الفرنسي على الوعد بالزواج قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المنصوص

بأن الضرر يزال.

عليها في الفصل 1134، وهي قاعدة لا يمكن استبعادها إلا إذا وجد نص خاص يقضي بذلك، ولا وجود لمثل هذا النص في مجال الخطبة في التشريع المدني الفرنسي.

— Toulier, "Droit civil français", tome 6, n° 293 et suiv.

— Merlin, "Répertoire criminel de jurisprudence", 5° éd. (voir mots peine contractuel).

وقد سار القضاء الفرنسي من خلال مجموعة من الأحكام الصادرة عنه في الاتجاه الذي تبناه الفقه أعلاه، فقد جاء مثلا في حكم قديم لمحكمة تولوز :

«الخطبة عقد ملزم يرتب التزامات تبادلية بين المتعاقدين بإتمام الوعد بالزواج، وهذا الوعد يخول كلا منهما دعوى لإجبار الآخر على الوفاء به لكن طبيعة هذا الارتباط تقضي بأن يتحول بالضرورة إلى إلتزام بالتعويض يلتزم به من يرفض التنفيذ طبقا للمبادئ العامة التي أخذ بها القانون الفرنسي».

— Toulouse, 16 février 1813, Rep. Dalloz, v. mariage, n° 83.

ـ وفي نفس الاتجاه :

— Rouen, 18 février 1815, S. 1815, 2, 224.

ـ ولمزيد من الإيضاح انظر :

— Planiol, Ripert et Rouast, "Traité pratique de droit civil français", 2° éd. tome II, 1992, n° 81.

ـ نقد النظرية العقدية للخطبة :

لاشك في أن للنظرية السابقة ميزتها من حيث البساطة في مظهرها، إذ ليس من الأيسر القول إن الاتفاق بين طرفين على إبرام زواجهما في المستقبل يعتبر عقدا والعدول عنه تترتب عليه مسؤولية أساسها العقد، كما هو الشأن بالنسبة لكافة الاتفاقات الأخرى، إلا أن الأمر ليس بهذه البساطة، وخاصة بالنسبة للخطبة التي تتميز بطابع خاص، ولها أهداف أخرى لا توجد بالنسبة لغيرها من العقود، كما أنها تعد تمهيدا للزواج، وهي نظام لا يتعلق بالمعاملات المالية ولكنه يتصل بحالة الأشخاص.

إن انعدام تنظيم القانون المدني الفرنسي للخطبة لا يعني إخضاعها للمبادئ العامة للتعاقد، وإنما يعني أن هذا القانون لا يهتم بالحقوق والواجبات ذات الطابع الأخلاقي والأدبي.

2. هجر النظرية العقدية للخطبة في فرنسا :

نشير في البداية إلى أن الأحكام التي قالت بالنظرية العقدية للخطبة في فرنسا خلال القرن التاسع عشر، بل وأحيانا خلال القرن العشرين، لم تكن تمثل الاتجاه الغالب في فرنسا آنذاك، إذ صدرت إلى جانبها أحكام أخرى تفصل في النتائج التي تترتب على العدول عن الخطبة، وفي مدى أحقية الخاطب المتروك في التعويض بسبب عدول الجانب الآخر، وكانت تلك الأحكام تميز بين ما إذا كان الضرر ناتجا عن مجرد العدول عن الخطبة، وبين ما إذا كان ناتجا من سبب آخر، ولا تقرر التعويض إلا في هذه الحالة الأخيرة فقط.

ومع ذلك، فإن الخلاف بين المحاكم قد خف في هذا الصدد على إثر صدور قرارين هامين عن محكمة النقض الفرنسية الأول في 30 ماي 1838 والثاني في 11 يونيو من نفس السنة هجرت من خلالهما النظرية العقدية للخطبة.

ـ وللوقوف على مزيد من الأحكام والقرارات انظر :

— Lalou, "La responsabilité civile", 4° éd. 1949, p. 438 et suiv.

وقد استقر القضاء الفرنسي بعد ذلك ـ مؤيدا من جانب هام من الفقه ـ على عدم الحكم بالتعويض عن الخطبة لمجرد العدول عنها، وإنما يشترط لذلك وجود ظروف أخرى مستقلة عن فعل العدول نفسه، طبقا للمبادئ العامة

إن المسألة جد صعبة، وصعوبتها «ناشئة من أن مبدأ المسؤولية يصطدم

للمسؤولية التقصيرية.

— Mazeaud, "Traité théorique et pratique de la responsabilité civile", 4° éd. tome I, p. 133 et suiv.

ونشير إلى أن محكمة النقض الفرنسية لازالت مستقرة على مبدأ أن إنهاء الخطبة بكيفية عادية لا يرتب أية مسؤولية ومن أهم قراراتها الحديثة :

— Civ. 1ère, 19 juillet 1966, Bull. civ. I, n° 443.

— Civ. 1ère, 3 novembre 1966, Bull. civ. I, n° 495.

— Civ. 1ère, 4 janvier 1995, D. 1995, 251, note Benabent, R.T.D. civ. 1995, 604 obs. Hauser.

على أنه متى لابس ذلك الإنهاء خطأ ترتبت عليه مسؤولية تقصيرية انظر :

— Civ. 1ère, 4 mars 1964, Gaz. Pal. 1964, I, n° 443.

— Civ. 2ème, 22 octobre 1970, Bull. civ. I, n° 285.

— Civ. 2ème, 18 janvier 1973, Bull. civ. II, n° 25.

— Civ. 1ère, 6 novembre 1974, Bull. civ. I, n° 286.

— Civ. 1ère, 15 mars 1988, Gaz. Pal. 1989, I, 374, note J.M.

3. موقف القانون المصري من المسألة :

يقوم موقف القانون المصري في هذا الصدد على دعامتين أساسيتين :

أ ـ عدم إمكانية تنفيذ الوعد بالزواج جبرا :

هناك حقيقة مسلم بها في القضاء المصري وهي أن جميع المحاكم مجمعة على أن الخطبة لا تلزم الطرفين المتواعدين بإبرام عقد الزواج، تحقيقا لمبدأ حرية الزواج التي تعتبر من صميم النظام العام، ولهذا لا تسمع دعوى إبرام عقد الزواج أمام القضاء سواء من الخاطب أو من المخطوبة تنفيذا للوعد بالزواج.

ولم تشذ أية محكمة من المحاكم هنالك عن هذا المبدأ، فهي تقضي كلها بأن الخطبة لا يترتب عليها أي التزام قانوني بإبرام الزواج، وهي لا تخول شرعا حقوقا للمخطوبة كما لا تقيد الخاطب بالتزام ما.

ب ـ الخطبة ليست عقدا كباقي العقود الأخرى :

وتتفق أحكام القضاء المصري في عمومها على إنكار الطبيعة العقدية للخطبة على أساس أن هذا هو حكم الشريعة الإسلامية بالنسبة لهذه المسألة فهي وعد لا يقيد أيا من المتواعدين، جاء مثلا في قرار لاستئنافية مصر:

«الخطبة شرعا ما هي إلا وعد بالزواج، فهي مجردة شرعا من كل اعتبار قانوني، وعليه يكون حق العدول عنها من الحقوق المطلقة التي لا يملك القضاء تقييدها مهما نجم عنها من المضار، ولأن الزواج ليس في حقيقته من عقود المعاملات، بل هو بناء اجتماعي منوط به توفير السعادة على الزوجين واستتباب السلام العائلي، وهو لا يتحقق إلا بانعقاده بخالص الرضا بين الطرفين، وهذا الشرط يقتضي خلوه من التقيد بالوعد السابق...».

ـ قرار 30 يونيو 1930، المحاماة، 11، رقم 313، ص 626.

على أنه إذا كانت بعض الأحكام القضائية المصرية قد أقرت الطبيعة العقدية للخطبة، فإنها لا تقيم المسؤولية عن العدول عن الخطبة على أساس العقد وإنما على أساس المسؤولية التقصيرية.

ـ توفيق حسن فرج، الطبيعة القانونية للخطبة وأساس التعويض في حالة العدول عنها، بحث منشور بمجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، (كلية الحقوق التابعة لجامعة الاسكندرية)، السنة الحادية عشرة، 1961، 1962، ص. 1 وما بعدها.

في هذا الموضوع بمبدأ آخر لا يقل عنه حرمة وهو مبدأ حرية الزواج، وإذا كان مبدأ المسؤولية يهم المجتمع من حيث إنه يحقق العدالة فيه، فإن مبدأ حرية الزواج يهمه من حيث إنه يحفظ كيان الأسرة وهي أساس المجتمع. فلذلك، ولأن عقد الزواج عقد مؤبد والعثرة فيه قد تفوت هناء دهر وتجلب شقاء سنين، عنى المشرعون والفقهاء بأن يكفلوا للطرفين في عقود الزواج كامل الحرية في إبرام العقد أو عدم إبرامه حتى لو سبقت العقد خطبة أو وعد بالزواج، إذ أنه من المسلم به في أن الخطبة لا تلزم أحد الطرفين بإتمام الزواج»[146]، وهذا ما أكده المشرع المغربي من خلال المادة السادسة من مدونة الأسرة.

نبادر إلى القول إن المشرع المغربي لم يتعرض في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة إلى مسألة التعويض عن العدول عن الخطبة، كما أن الفقه الإسلامي - والحال أن المشرع المغربي يحيل في تلك المدونة على أحكام الفقه المالكي - لم يول أي عناية لمثل هذا المشكل. والظاهر أن سبب ذلك هو أن الفقه الإسلامي - وكما رأينا

ورغم ذلك فإن النظرية العقدية للخطبة لازالت سائدة في بعض القوانين المقارنة، يقول أحمد عبد الكريم سلامة:

«والخطبة Les fiançailles هي طلب التزوج، وهي مرحلة وسطى بين التفكير في الزواج، الذي هو أساس الاختيار النفسي، وإبرام العقد. وهي مجرد وعد بالزواج مستقبلا. وبتلك المثابة لا ترتب الخطبة أي التزام قانوني على عاتق الخاطب كدفع مهر أو التزام بنفقة فهي لا تقيد أحدا من المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء، والقول بغير ذلك يتعارض مع مبدأ الحرية في الزواج، حيث تنعدم تلك الحرية إذا ما هددها شبح التعويض، وهذا هو موقف الشريعة الإسلامية، وكذلك العديد من النظم الغربية، لا سيما النظام القانوني الفرنسي

غير أن هناك بعض النظم القانونية المقارنة، كالنظام القانوني الألماني والنمساوي والسويدي والإنجليزي، التي تعتبر الخطبة عقدا حقيقيا تترتب عليه آثاره إذا ما أبرم صحيحا.

وتبدو أهمية الاختلاف بين موقف النظم القانونية السابقة في تكييف الخطبة، فمن يعتبر الخطبة مجرد وعد بالزواج أو اتفاق أدبي لا ينتج عنه غير واجب أخلاقي لا يرتب أية مسؤولية على عاتق من يعدل أو يرجع، غير متعسف عن وعده. أما من يعتبرها عقدا، فيرتب على العدول المسؤولية العقدية للعادل عن الوعد. وفي معنى الاتجاه الأول قضت محكمة النقض المصرية بأن الخطبة ليست عقدا، وأنه لا مسؤولية على من يعدل عنها، إلا إذا ترتب على العدول أفعال مستقلة عنه ألحقت الضرر بأحد الخطيبين، فيكون التعويض عن هذا الضرر متى توفرت شروط المسؤولية التقصيرية لا عن مجرد العدول، ولهذا الخلاف أثره في تنازع القوانين على ما سوف نرى...»

م س، ص. 762.

146 - سليمان مرقس، «بحوث وتعليقات على الأحكام في المسؤولية المدنية»، 1987، ص. 185 وما بعدها.

فيما سبق . قد فرض على الخطيبين سلوكا معينا بحيث إذا ما التزماه لن يصابا بأي ضرر. غير أن تطور الحياة الاجتماعية بوجه عام والعلاقات الأسرية على وجه الخصوص، بالإضافة إلى تقليد الخطيبين لما يجري لدى الشعوب الأخرى غير المسلمة وخاصة تلك المنتمية لدول الغرب، قد فرض علاقات ووقائع من نوع جديد لابد من التصدي لها عن طريق إيجاد حلول قانونية تخصها. وهنا نستحضر القولة المأثورة عن الخليفة الأموي الصالح عمر بن عبد العزيز :

«تحدث للناس أقضية بقدر ما أحدثوا من الفجور».

2 ـ موقف محكمة النقض المصرية :

على الرغم من أن التشريع المصري يخلو بدوره من نص صريح ينظم هذه المسألة، إلا أن الفقه المصري قد تصدى لها بالبحث، وبالخصوص بعدما طرح الموضوع على القضاء أكثر من مرة. وقد حسمت محكمة النقض المصرية المسألة، ومنذ سنة 1939، خاصة بعد صدور أحكام متضاربة عن محاكم الموضوع . في قرار شهير قضت من خلاله بما يلي :

«الخطبة ليست إلا تمهيدا لعقد الزواج. وهذا الوعد بالزواج لا يقيد أحدا من المتواعدين، فلكل منهما أن يعدل عنه في أي وقت شاء وخصوصا أنه يجب في هذا العقد أن يتوافر للمتعاقدين كامل الحرية في مباشرته لما للزواج من الخطر في شؤون المجتمع، وهذا لا يكون إذا كان أحد الطرفين مهددا بالتعويض. ولكن، إذا كان الوعد بالزواج والعدول عنه قد لازمتهما أفعال أخرى مستقلة عنهما استقلالا تاما، وكانت هذه الأفعال قد ألحقت ضررا ماديا أو أدبيا بأحد المتواعدين، فإنها تكون مستوجبة التضمين على من وقعت منه، وذلك على أساس أنها هي في حد ذاتها بغض النظر عن العدول المجرد أفعال ضارة موجبة للتضمين...»[147].

---

147 - نقض مدني صادر في 14 دجنبر 1939، مجموعة عمر 3، رقم 14، ص 30.

وبالإضافة إلى هذا القرار، راجع القرارات الأخرى التي أشار إليها الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، الهوامش الموجودة بالصفحات 937 وما يليها.

ومن أهم القرارات الصادرة عن محكمة النقض في هذا الصدد :

«يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسؤولية التقصيرية بأن يكون هذا العدول قد لازمته أفعال خاطئة في حد ذاتها، ومستقلة عنه استقلالا تاما ومنسوبة لأحد الطرفين، وأن ينتج عنها ضرر مادي أو أدبي للطرف الآخر، فإذا كان يبين من الحكم المطعون فيه أنه أقام قضاءه بالتعويض للمطعون

ويستنتج الفقه عادة من هذا القرار أن القضاء في مصر قد انتهى إلى تقرير المبادئ القانونية الثلاثة الآتية:

1 - الخطبة ليست بعقد ملزم، وبالتالي لكل من الطرفين أن يضع حدا لها بإرادته المنفردة وحدها.

2 - مجرد العدول عن الخطبة لا يعد سببا موجبا للتعويض، لأن الأمر يتعلق برخصة منحها المشرع لكلا الخطيبين.

3 - إذا صاحبت العدول عن الخطبة أفعال أو أقوال ألحقت ضررا ماديا أو معنويا بأحد الخطيبين، جاز للخاطب المتضرر أن يرفع دعوى المطالبة بالتعويض[148]، عما أصابه من ضرر ضد الطرف الآخر الذي أضرّ به.

وإن ما انتهى إليه القضاء في مصر . ويؤيده جمهور الفقهاء هناك . وإن كان فقهاء الإسلام لم يصرحوا به، إلا أنه يتفق مع مضمون الحديث النبوي الشريف «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام»[149] والذي استنبط منه الفقهاء قاعدة «الضرر يزال» وقاعدة «التسبب في الضرر يوجب الضمان»، وبمصطلح القانون الوضعي، أي يرتب المسؤولية.

عليها من فسخ الخطبة على ما ورد فيه من أن الطاعن أقدم على فسخ الخطبة لغير ما سبب سوى طمعه في مال والد خطيبته لرفضه أن يخص ابنته بنصيبها في ماله حال حياته، واعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا السبب عدولا طائشا ليس له مسوغ يقتضيه ورتبت عليه الحكم للمطعون عليها بالتعويض، كان سبب العدول على هذا النحو لاصقا بالعدول ذاته ومجردا عن أي فعل خاطئ مستقل عنه، فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ في القانون إذ قضى للمطعون عليها بالتعويض...».

- قرار بتاريخ 28 أبريل 1960، مشار إليه في:

- محمد حامد قمحاوي والسيد عبد الله «أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين»، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، 1986، ص. 105.

148 - عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص. 940 وما بعدها.

- ولأخذ فكرة عامة وشاملة عن الوعد بالزواج أو الخطبة في التشريع المغربي، والمقارن، انظر رسالة بلعيد كرومي في موضوع: «الوعد بالتعاقد»، وقد نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء، سنة 1985، ص 49 وما بعدها.

- انظر كذلك سليمان مرقس، مرجع سابق.

- عبد النبي ميكو، مرجع سابق، ص 81 وما بعدها.

- عبد الرزاق الشيخ نجيب «طبيعة الخطبة في رؤية فقهية جديدة»، مجلة الحقوق (الكويتية)، العدد الأول، السنة 25، مارس 2001، ص 339 وما بعدها.

149 - أخرجه ابن ماجه والدارقطني.

3 - موقف مدونة الأسرة :

إن الرأي المنطقي الصائب الذي انتهت إليه محكمة النقض المصرية من خلال قرارها السابق، هو الذي قننته مدونة الأسرة ضمن أحكام مادتها السابعة التي قضت بأنه:

«مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عنه تعويض. غير أنه إذا صدر عن أحد الطرفين فعل سبب ضررا للآخر، يمكن للمتضرر المطالبة بالتعويض».

فحسب هذا النص التشريعي، يجب التمييز بين مجرد إنهاء الخطبة بالإرادة المنفردة، وهذه مسألة مشروعة لا تحتاج حتى إلى تبرير، لأنها من صميم النظام العام، ثم الأفعال . أو الأقوال غير اللائقة . التي قد تصاحب ذلك الإنهاء أو تسبقه أو تأتي بعده، والتي . متى أحدثت ضررا ماديا أو معنويا للطرف الآخر . ترتب المسؤولية المدنية الكاملة لمن صدرت عنه ، طبقا لمقتضيات الفصلين 77 و78 من قانون الالتزامات والعقود.

ومن الأقوال التي قد ترتب المسؤولية المدنية اتهام الخاطب للمخطوبة أو اتهامها له بما يمس الشعور والكرامة كالطعن في العرض وفي أخلاق العائلة، ومن الأفعال أن يخطب الرجل امرأة موظفة ثم تتخلى عن وظيفتها بطلب منه، أو يدفعها إلى القيام بنفقات باهضة قصد التهيء للزواج، ثم يتخلى عنها، وهو متمسك بمقتضيات المادة السابعة أعلاه.

وقد يصل الفعل أو القول أحيانا إلى مستوى الخطأ المعاقب عليه جنائيا ومن ذلك الضرب والسب مثلا.

وفي القانون المقارن، فإن المشرع الجزائري، وبعدما قرر في الفقرة الأولى من المادة الخامسة من قانون الأسرة أن الخطبة وعد بالزواج وأن ولكل من الطرفين العدول عنها، أضاف في الفقرة الثانية من ذات المادة:

«إذا ترتب عن العدول ضرر مادي أو معنوي لأحد الطرفين جاز الحكم بالتعويض».

وفي نفس الاتجاه، جاء في البند الثالث من المادة الأولى من القانون رقم 10 لسنة 1984 الليبي بشأن الأحكام الخاصة بالزواج والطلاق وآثارهما:

«إذا سبب العدول عن الخطبة ضررا تحمل المتسبب فيه التعويض عنه».

وفي الأخير، نشير إلى أن الالتزام الذي تولده الخطبة هو التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة[150].

ثلاثة عشر - إثبات الخطبة :

الخطبة تواعد بالزواج بين الخطيبين كما أسلفنا. وقد سبق تكييفها بأنها تواعد بالزواج وليست بزواج، وهي وعد من الجانبين بالزواج في المستقبل، على ما يتضح من المادة الخامسة من مدونة الأسرة. ومن هذه الناحية، تبدو عبارة عن تصرف قانوني مبناه الإرادة الحرة.

ولم يشترط المشرع شكلا خاصا ومحددا للخطبة، إنما هي الرضائية في أكمل صورها[151].

ومتى ثار نزاع ما بشأن الخطبة، وأنكرها أحد الطرفين مثلا، صح لمن يدعيها أن يثبتها بكافة الوسائل طبقا للقاعدة المستمدة من الحديث النبوي الشريف التي تقضي بأن البينة على المدعي واليمين على من أنكر.

ذلك أن رضائية الخطبة تفرض استعمال كافة الوسائل الثبوتية وفي مقدمتها

---

150 - جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«...التزام الطاعن المصادق عليه في 9 فبراير 1999 بإتمام إجراءات الزواج مع المطلوبة في النقض بعدما وعدها به يلزمه...».

- قـــرار شرعي تحت رقـم 66 صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 31 يناير 2007 في الملف تحت عدد 200602/434 أورده المستشار إبراهيم بحماني في موضوع بعنوان: «أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق مدونة الأسرة بشأن الخطبة»، أشغال الندوة الجهوية الثانية، مارس 2007، سلسلة خمسون سنة من العمل القضائي العدد 8/9، مكناس، ص. 46 وما بعدها.

لقد قرر المشرع المغربي أن لكل من طرفي الخطوبة العدول عنها (المادة 6 من مدونة الأسرة) وأن مجرد العدول عن الخطبة لا يترتب عليه أي تعويض (المادة 7 من نفس المدونة).

والاجماع منعقد على أن هذا العدول من النظام العام لأسباب سبق شرحها في المتن.

فالخطبة هي تواعد رجل وامرأة على الزواج في المستقبل. وقد قرر المشرع أن هذا التواعد يتم بأي وسيلة بحيث قد يتم شفاهيا أو كتابة (المادة 4 من نفس المدونة).

ولكل ما سبق يبقى موقف المجلس الأعلى في نظرنا محل نظر. فبالإضافة إلى أنه جاء خلافا لما تقرره قاعدة من صميم النظام العام، فهو يعاكس الأهداف التي ترمي الخطبة إلى تحقيقها.

151 - راجع قرار المجلس الأعلى الصادر في 11 يناير 1981، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 31، ص. 92 وما بعدها.

الإقرار والكتابة وشهادة الشهود والقرائن القوية واليمين[152]، وفي حالة الشك تتم الاستعانة بالعرف.

والظاهر أن إثبات الخطبة سوف يصبح ذا شأن عظيم بسبب أن المشرع قد أقر بأن حمل المخطوبة من الخاطب في فترة الخطوبة يثبت به النسب بشروط حددتها المادة 156 من مدونة الأسرة. ولنا عودة لهذا الموضوع في حينه، وبالضبط عند تفصيلنا لأحكام النسب.

---

152 - لم نعثر على أحكام قضائية مغربية في الموضوع، ونعتقد أنه ليس هنالك ما يمنعنا من الاستئناس بقرارات محكمة النقض الفرنسية، وقد استقرت على أنه :

— *"La prommesse de mariage se prouve par tout moyen"*.
— Civ. 1er, 6 novembre 1974, Bull. Civ. I, n° 296.
— Civ. 2ème, 21 avril 1982, Bull. Civ. II, n° 59.
— Civ. 2ème 28 avril 1993, D. 1995, 330 note Mathieu.

وانظر لمزيد من الإيضاح حول الموضوع:

— F. Terré et D. Fenouillet, *"Droit civil, les personnes, la famille, les incapacités"*, éd. Dalloz, Paris, 1996, n° 361 et suiv.

الفصل الثاني

إنشاء الزواج

تمهيد :

الزواج عقد مدني ذو طبيعة شرعية خاصة كما أسلفنا، بواسطته تنشأ أسرة صغيرة متكونة من زوج وزوجة، قد تتسع وتكبر مع مرور الوقت بوجود الأولاد، وهم زينة الحياة الدنيا، كما ورد في النص القرآني[1]. وهكذا، فهو ينشئ علاقات إنسانية دائمة، لا علاقات مالية مؤقتة.

ونظرا لأهمية هذا العقد، ونظرا لأهمية الآثار التي تترتب عليه، أولته الشريعة الإسلامية أهمية خاصة[2]، وهي أهمية تبلورت تشريعا على مستوى نصوص مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، ثم بعد ذلك على مستوى نصوص مدونة الأسرة التي حلت محلها.

ولعقد الزواج أركان وشروط صحة خاصة لا نظير لها في العقود المدنية الأخرى، وقد يتضمن شروطا إرادية بين المشرع طبيعتها وحدد أحكامها، من خلال مقتضيات المادتين 47 و48 من مدونة الأسرة.

ويرتب عقد الزواج آثارا عديدة سواء بالنسبة لطرفيه أو بالنسبة للأولاد أو بالنسبة للأقارب، يجب الوقوف عندها.

وحتى نكون فكرة واضحة عن هذا الموضوع، نقسم هذا الفصل من الكتاب على الوجه الآتي :

* **الفرع الأول :** ركنا عقد الزواج وشروط انعقاده وشروطه الإرادية.
* **الفرع الثاني :** شروط صحة الزواج.

---

1 - يقول الله تعالى في كتابه العزيز
﴿المال والبنون زينة الحياة الدنيا﴾.
- الآية 46 من سورة الكهف.

2 - ذلك أن أهم أحكامه قد غطتها نصوص الكتاب والسنة، خلافا لباقي المعاملات الأخرى، لذلك يغلب عليه الطابع التعبدي، كما أسلفنا، وعلى ما سنوضحه لاحقا.

الفرع الأول

ركنا عقد الزواج وشروط انعقاده وشروطه الإرادية

تمهيد :

لا يقوم عقد الزواج صحيحا إلا بتوفر أركانه وشروط صحته وشروط انعقاده، وبالإضافة إلى ذلك، للزوجين المتعاقدين أن يضمنا عقد زواجهما الشروط الإرادية التي ارتضياها، وهي شروط يجب ألا تخالف مقاصد الشرع أولا ومقتضيات النظام العام السائد داخل الدولة، ثانيا.

وحتى نلم بكل المواضيع أعلاه، نقسم هذا الفرع إلى مبحثين، على الوجه الآتي:

- المبحث الأول : ركنا عقد الزواج وشروط انعقاده.
- المبحث الثاني : أحكام الشروط الإرادية المضمنة في عقد الزواج.

المبحث الأول
ركنا عقد الزواج وشروط انعقاده

تمهيد :

تتوقف صحة العقد عادة على توفر أركانه وشروط صحته.

الركن في الاصطلاح الفقهي هو ما يكون به قوام العقد، بحيث يعد جزءا داخلا في حقيقته، ومن ذلك مثلا الإيجاب الذي يعد جزءا من كينونة العقد، لا يتصور وجوده بدونه.

والشرط في الاصطلاح الفقهي أمر خارج عن ماهية العقد وحقيقته، بحيث لا يتوقف وجوده عليه، ومن ذلك حضور الشهود أثناء إبرام عقد الزواج عند جمهور الفقهاء، فإنه أمر خارج عن حقيقة الزواج وإن كانت صحته تتوقف عليه

هذا مما لا خلاف حوله بين الفقهاء، من الوجهة الاصطلاحية.

ومع ذلك، فهناك خلاف بين فقهاء المالكية بخصوص ما يُعد ركنا وما يُعد شرطا بالنسبة لعقد الزواج. والظاهر أن المشرع المغربي قد اتبع موقف الأحناف والحنابلة بالنسبة للمسألة ، يقول الكاساني: «أما ركن النكاح فهو الإيجاب والقبول وذلك بألفاظ مخصوصة أو ما يقوم مقام اللفظ...»[3].

ويقول ابن قدامة:

"وأركانه الإيجاب والقبول..."[4].

على أن هناك من المالكية من سار بدوره في هذا الاتجاه.

ونتوقف فيما يلي عند الأحكام المضمنة أساسا في مدونة الأسرة بخصوص ركني عقد الزواج وشروط انعقاده وشروطه الإرادية، قبل أن نتناول شروط صحته في الفرع الموالي.

أولا ـ ركنا عقد الزواج[5]:

1ـ تراضي الزوج والزوجة :

أ ـ القاعـدة:

لا يتصور وجود عقد زواج مطلقا بدون زوج وزوجة، أي بين ذكر وأنثى، وهو ما أكد عليه المشرع في المادة الرابعة، من مدونة الأسرة.

---

3 - م.س، الجزء الثالث، ص. 317.

4 - المقنع، م.س، ص. 10.

5 - يقول الشيخ خليل :

« وركنه ولي وصداق ومحل وصيغة ».

يشير هذا النص إلى أن للزواج أركانا أربعة هي المضمنة بالنص.

يقول الحطاب معلقا على هذا النص :

« والظاهر أن الزوج والزوجة ركنان لأن حقيقة النكاح إنما يوجد بهما والولي والصيغة شرطان أي لخروجهما عن ذات النكاح، وأما الصداق والشهود فلا ينبغي عدهما من الأركان... ».

- م.س، المجلد الثالث، ص. 419.

وجاء في حاشية العدوي :

«... ولا يتحصل إلا بالصيغة وهي لا تقوم إلا من الزوج والزوجة... ».

- الشيخ علي بن أحمد العدوي بهامش الخرشي، م.س، المجلد الثالث، ص. 136 و137. وسار ابن عاصم الغرناطي في الاتجاه الذي تبناه الشيخ خليل، حيث قرر بدوره:

والمهر والصيغـــة والزوجان   ثـم الولي جملـــة الأركـــان

ورغم ذلك فقد استغاظ ابن عاصم الغرناطي عن المحل بالزوجين.

وعقد الزواج، مثله في ذلك مثل باقي العقود المدنية الأخرى التي نظمها كل من الفقه الإسلامي والقانون الوضعي كذلك، لا ينعقد إلا بتراضي طرفيه. وهما الزوج والزوجة. على إبرامه، وهذا التراضي يبرز على أرض الواقع من خلال صيغة واضحة تدل عليه.

ويتحلل التراضي في الواقع من الأمر إلى إيجاب وقبول مطابق له يمثل رضا كل طرف بالزواج من الآخر[6]، ولذلك جرى الفقه الحديث على تعريف العقد عموما بأنه تطابق إرادتين من أجل إحداث أثر قانوني معين إعمالا له[7]. ويتمثل الأثر القانوني هنا في إنشاء العلاقة الزوجية المشروعة، بين رجل وامرأة طبقا لأحكام مدونة الأسرة (المادة 4).

والإيجاب هو التعبير الصادر عن إرادة شخص يعرض على غيره أن يتعاقد معه، ويسمى الشخص الذي صدر عنه الإيجاب موجبا، وغالبا ما يتمثل في الخاطب.

والقبول هو التعبير الصادر عن إرادة من وجه إليه الإيجاب والذي بصدوره مطابقا لذلك الإيجاب تتم عملية إبرام العقد. ويسمى الشخص الذي صدر عنه القبول قابلا، وغالبا ما يتمثل في المخطوبة.

ومن الملاحظ هنا أن التشريع القطري قد ربط ربطا واضحا بين الزوجين معا والإيجاب والقبول، فنص في المادة 11 من قانون الأسرة على ما يلي:

"ركنا عقد الزواج هما:

1 – الزوجان بشروطهما.

2 – الإيجاب والقبول".

القاعدة أن عقد الزواج يبرم بين ذكر وأنثى متى تراضيا على ذلك.

---

6 - جاء في حاشية ابن عابدين:

"إن التراضي من الجانبين، والرضا من جانب واحد كالموجب أو القابل".

- حاشية رد المختار لابن عابدين على الدر المختار للحصكفي، طبعة مصطفى الحلبي بالقاهرة، الجزء الرابع، ص 507.

7 - أحمد عبد الرزاق السنهوري، "الوسيط"، الجزء الأول، مرجع سابق، ص. 150.

- عبد المنعم فرج الصدة، "نظرية العقد في قوانين البلاد العربية"، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان 1974، ص 90 وما بعدها.

وللتعمق حول ركن الرضا في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي كذلك، انظر:

- علي محي الدين علي القرة داغي، "مبدأ الرضا في العقود"، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر، 1985.

فأول الكلام إيجاب، سواء صدر عن الخاطب أو عن المخطوبة. ولكي يعتبر الرد الآخر قبولا ينعقد به العقد لابد من أن يصدر في مجلس العقد، وفي وقت مازال الإيجاب فيه قائما، وأخيرا يجب أن يكون مطابقا للإيجاب تمام المطابقة وإلا عد رفضا ضمنيا للإيجاب متضمنا إيجابا جديدا يحتاج - لكي يبرم به العقد - لقبول من الطرف الآخر.

ومن البديهي أنه يجب أن يعلم كل من المتعاقدين حقيقة ما صدر عن الآخر، بأن يسمع كلامه أو يقرأه أو يرى إشارته ويفهمها حسب ما ورد في المادة 10 من مدونة الأسرة.

وغني عن البيان أنه لا يعتد بالإيجاب والقبول، إلا إذا صدرا عن إرادة سليمة من العيوب[8].

ومن البديهي أن هذه الأحكام – وبوجه عام – موحدة بين القانون الوضعي وفقه الشريعة الإسلامية.

وإذا كانت القاعدة في كل عقد هي أن يتولى إبرامه إثنان فما فوق، طرف موجب وطرف قابل، فإنه يصح في عقد الزواج أن يتولاه شخص واحد إذا كان له حق تمثيل الطرفين معا، كما لو كان وصيا أو مقدما على الزوجين أو وكيلا لهما في نفس الوقت، ومن ذلك الجد إذا تولى تزويج ابن ابنه من بنت ابنه الآخر لنيابته الشرعية عليهما معا لعدم أهليتهما ووفاة أبويهما، ومن ذلك شخص وكيل للمرأة ووكيل للزوج[9] في ذات الوقت. وهكذا فقد نصت المادة 67 من مدونة الأسرة على أنه يجب الإشارة في وثيقة الزواج إلى ما يلي:

«في حالة التوكيل على العقد، اسم الوكيل ورقم بطاقته الوطنية وتاريخ ومكان صدور الوكالة في الزواج».

---

8 - وهو ما قررته محكمة النقض الفرنسية في العديد من القرارات الصادرة عنها، ومن ذلك:

— "...Il y a lieu de déclarer nul, en raison du défaut de consentement de l'époux, le mariage auquel ce dernier a consenti alors qu'il se trouvait, de notoriété publique, dans un état de démence sénile le rendant irresponsable de ses actes...".

— Civ. 1ère 28 mai 1980: J.C.P, 1981. II. 1952, note Raymond.

9 - بالنسبة لأحكام الإيجاب والقبول في التشريع المغربي، راجع الفصول من 19 وما يليه من قانون الالتزامات والعقود.

وبالنسبة للموضوع في الفقه الإسلامي، راجع:

- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 91 وما يليها.

ب – التوكيل في إبرام عقد الزواج:

الوكالة عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل[10]،

بين المشرع ضمن المادة 17 من مدونة الأسرة شروط الوكالة في الزواج، حيث نص في هذه المادة على ما يلي:

«يتم عقد الزواج بحضور أطرافه، غير أنه يمكن التوكيل على إبرامه، بإذن من قاضي الأسرة المكلف بالزواج وفق الشروط الآتية:

1 - وجود ظروف خاصة، لا يتأتى معها للموكل أن يقوم بإبرام عقد الزواج بنفسه

2 - تحرير وكالة عقد الزواج في ورقة رسمية أو عرفية، مصادق على توقيع الموكل فيها،

3 - أن يكون الوكيل راشدا متمتعا بكامل أهليته المدنية، وفي حالة توكيله من الولي يجب أن تتوفر فيه شروط الولاية.

4 - أن يعين الموكل في الوكالة اسم الزوج الآخر ومواصفاته، والمعلومات المتعلقة بهويته، وكل المعلومات التي يرى فائدة في ذكرها.

5 - أن تتضمن الوكالة قدر الصداق، وعند الاقتضاء المعجل منه والمؤجل، وللموكل أن يحدد الشروط التي يريد إدراجها في العقد والشروط التي يقبلها من الطرف الآخر.

6 - أن يؤشر القاضي المذكور على الوكالة بعد التأكد من توفرها على الشروط المطلوبة».

وهكذا، أصبحت الوكالة في الزواج مقننة البيانات والشروط بنص من صميم النظام العام مراقب التطبيق من جانب قاضي الأسرة.

فنحن إذن أمام نص خاص، يَجُبّ القواعد العامة المتعلقة بالوكالة والمضمنة في قانون الالتزامات والعقود.

---

10 – المادة 699 من القانون المدني المصري؛
وانظر من أجل التوسع حول مفهوم هذه المادة:
– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء السابع، المجلد الأول، م س، ص 371 وما بعدها.
نظم المشرع المغربي عقد الوكالة في الفصول من 879 إلى 942 من ق.ل.ع.

أ – الوكالة في إطار المادة 17 أعلاه، هي وكالة خاصة، لا يتم اللجوء إليها إلا في حالة وجود ظرف خاص يمنع الموكل من حضور عملية إبرام عقد الزواج بنفسه. ووجود الظرف الخاص من عدمه مسألة تقديرية.

ب – الوكالة في الزواج – طبقا للمادة 17 أعلاه – عبارة عن عقد شكلي يجب أن يضمن في وثيقة رسمية أو عرفية. وفي هذه الحالة الأخيرة لابد من المصادقة على توقيع الموكل أمام جهة مختصة، تلافيا لكل نزاع.

ج – يجب أن يكون الوكيل متمتعا بأهليته المدنية كاملة، أي أنه قد أتم ثماني عشرة سنة من عمره وأن يكون عاقلا.

د – إذا صدر التوكيل عن الولي، فيجب أن تتوفر فيه شروط الولاية كاملة.

هـ – يجب أن تشتمل الوكالة على كافة البيانات التي تحدد، وبالدقة المطلوبة، هوية الزوجين وكل المعلومات الأخرى التي يصر الموكل على ذكرها.

و – يجب أن تتضمن الوكالة مبلغ الصداق المتفق عليه بين الزوجين والمؤجل والمعجل منه إن وجد.

ز – من حق الموكل أن يحدد في الوكالة الشروط التي يود إدراجها في عقد الزواج والشروط التي يقبلها من الطرف الآخر.

ح – وأخيرا، يؤشر قاضي الأسرة على الوكالة بعد مراجعتها وتأكده من توفرها على الشروط المفروضة بالمادة 17 أعلاه.

وأخيرا، تعد الوثيقة التي تتضمن الوكالة في الزواج عنصرا من عناصر ملف الزواج على ما هو واضح من صراحة المادة 67 من مدونة الأسرة.

2 - الصيغة والألفاظ :

الأصل في العقود أنها تنعقد بكل ما يدل على توافق إرادتي المتعاقدين في إنشاء العقد ورضائهما به بدون التقيد بألفاظ مخصوصة، لأن العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني، فكل لفظ يظهر ما في نفس المتعاقدين من إرادة إنشاء العقد ويدل على هذا المعنى بدون احتمال معنى آخر، يتحقق به الإيجاب والقبول ويتم به العقد.

جاء في إحدى نوازل المهدي الوزاني:

«كل عقد المعتبر في انعقاده ما دل عليه لا صيغة مخصوصة...»[11].

وتأكيدا للحكم أعلاه، نصت المادة العاشرة من مدونة الأسرة على ما يلي:

«1 - ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر بواسطة ألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا.

2 - يصح الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبالإشارة المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين».

ومن حيث ترتيب أسبقية صيغ الإيجاب والقبول، تنص المادة 11 من مدونة الأسرة على أنه:

«يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا:

1 - شفويين عند الاستطاعة وإلا فبالكتابة أو الإشارة المفهومة...».

وتطبيقا للنص أعلاه، لا يقبل التعبير عن الإيجاب والقبول بالإشارة من شخص قادر على النطق شفويا أو بالكتابة، إلا في حالة الاضطرار الشديد[12].

ومن الإشكالات التي ناقشها الفقهاء والتي ترتبط بالصيغة في إبرام عقد الزواج، مسألتان هما:

أ- هل يشترط في صيغة الزواج أن تكون باللغة العربية؟

يرى جمهور الفقهاء أنه لا يشترط في الصيغة التي ينعقد الزواج بواسطتها أن تتم حتما باللغة العربية، إنما هي تصح بأي لغة كانت سواء أكان طرفا عقد الزواج عالمين باللغة العربية أم غير عالمين بها، لأن ما يشترطه المشرع. تبعا للمادة العاشرة

11 - م.س، الجزء الثالث، ص. 268.

وللزيادة في الإيضاح حول صورة تعاقد الشخص مع نفسه راجع أحمد عبد الرزاق السنهوري، ج. 1، مرجع سابق، ص. 202 وما يليها.

12 - ويأخذ القضاء الفرنسي بهذه القاعدة، حيث جاء في قرار لمحكمة النقض:

— "Si lors de la célébration du mariage, l'un des époux ne peut parler, il appartient au juge de relever et d'interpréter les signes (attitude, larmes, regard) par lesquels cet époux a entendu affirmer sa volonté...".

— Civ. 1ère, 22 janvier 1968: J.C.P, 1968. II. 15442, note R.L.

الموما إليها أعلاه. هو التعبير الواضح عن إرادة الطرفين: «**بواسطة ألفاظ تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا**»، وفي المذهب المالكي، فالمعتبر في إبرام عقد الزواج ما يدل على معناه بدون الوقوف عند صيغة مخصوصة بالذات[13].

وفي رأي للشافعية والحنابلة أن استعمال اللغة العربية ممن له القدرة على استعمالها شرط في صحة عقد الزواج، إذ في الزواج. حسب هذا الرأي. ناحية تعبدية تشبه الصلاة، وهي لا تصح بغير العربية للقادر عليها. ويضاف إلى ذلك أن الزواج شرع بألفاظ القرآن، لذلك فلا يصح الانصراف لغير لغته إلا عند الضرورة القصوى[14]. وقد جاء في كتاب المقنع:

"ولا ينعقد الإيجاب إلا بلفظ النكاح والتزويج بالعربية لمن يحسنها"[15].

وقد استقر العمل في المغرب على قبول إبرام زواج ممن لا يعرف اللغة العربية بواسطة لغته، وإذا تعذر على العدلين أو القاضي فهم تلك اللغة تمت الاستعانة

13 - ميارة الفاسي، م.س، ص. 157.

- المهدي الوزاني، م.س، الجزء الثالث، ص. 268.

- الآبي الأزهري، م.س، المجلد الأول، ص. 277.

14 - يقول الإمام الشافعي:

«قال الله عز وجل لنبيه ﷺ: ﴿فلما قضى زيد منها وطرا زوجناكها﴾ وقال تعالى: ﴿وخلق منها زوجها﴾، وقال: ﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم﴾، وقال: ﴿والذين يرمون أزواجهم﴾، وقال: ﴿فإن طلقها من بعد فلا تحل له حتى تنكح زوجا غيره﴾، وقال: ﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها﴾، وقال: ﴿إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن﴾، وقال ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء﴾، قال الشافعي: فسمى الله تبارك وتعالى النكاح اسمين النكاح والتزويج...، وفي هذا دلالة على أنه لا يجوز نكاح إلا باسم النكاح أو التزويج، ولا يقع بكلام غيرهما، وإن كانت معه نية التزويج وأنه مخالف للطلاق الذي يقع بما يشبه الطلاق من الكلام مع نية الطلاق...».

ومن ضمن ما احتج به الإمام الشافعي في هذا الصدد الحديث الذي رواه البخاري ومسلم عن النبي ﷺ وقد جاء فيه:

«اتقوا الله في النساء، فإنهن عندكم عوان اتخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله».

- الإمام أبو عبد الله محمد بن إدريس الشافعي، «مختصر المزني»، المجلد الثالث، الجزء الخامس، 1990، ص. 40.

وبالنسبة للعز بن عبد السلام يجب استعمال إما مصطلح الزواج وإما مصطلح الإنكاح حتى يكون الشهود على بينة من العقد المبرم أمامهم لأنهم لا يطلعون على النيات.

- قواعد الأحكام، الجزء الثاني، ص. 77.

وانظر للتوسع حول الفقه الحنبلي:

- ابن قدامة، م.س، ص. 428 وما بعدها.

- ابن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الإسلام بن تيمية، مكتبة المعارف بالرباط، المجلد 32 (ت.غ.م)، ص. 15.

15 - م.س، ج. 3، ص. 10 و11.

بترجمان، بل وقد نصت المادة 30 من القانون رقم 16.03 بشأن خطة العدالة على أنه:

«يستعين العدل بترجمان مقبول لدى المحاكم عند وجود صعوبة في التلقي مباشرة من المشهود عليهم.

يستعان في حالة انعدام الترجمان بكل شخص يراه العدل أهلا للقيام بهذه المهمة.

يشترط في الترجمان أو الشخص المستعان به أن لا تكون له مصلحة في الشهادة.

تكتب الشهادة وجوبا باللغة العربية، وينص فيها على اللغة الأجنبية أو اللهجة التي تم بها التلقي، إذا تعلق الأمر بغير لغة الكتابة».

ومن المفروض على العدلين المنتصبين للإشهاد إعادة صياغة الإيجاب والقبول، بعد تلقيهما له بأية لغة أو لهجة أخرى، بلغة عربية سليمة[16] عند تحريرهما لعقد الزواج بالكيفية التي حددتها المادة 67 من مدونة الأسرة. وهذا هو السائد في المناطق المغربية التي تسود فيها اللهجة البربرية مثلا، حيث يناقش العقد بها غالبا، ثم يوثق بعد الإشهاد عليه من طرف عدلين باللغة العربية.

ب- قبول المرأة البكر عن طريق السكوت :

إذا كانت القاعدة في هذا المجال هي أن الإيجاب والقبول كركنين للزواج، يتمان عادة عن طريق النطق أو الكتابة أو الإشارة المفهومة بالشكل السابق بيانه، فإن السنة النبوية قد اعتبرت استثناء سكوت البكر أثناء توجيه الإيجاب إليها بمثابة قبول ضمني تبعا لقوله ﷺ:

«الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأمر في نفسها وإذنها في صماتها»[17] (رواه الجماعة إلا البخاري).

16 - وهو ما أكدته الفقرة الأخيرة من المادة 30 من القانون رقم 03-16 المتعلق بخطة العدالة المشار إليها في المتن.

17 - للوقوف على الخلافات الفقهية المتصلة بهذا الموضوع انظر :

- ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 3.

يقول ابن قدامة المقدسي اعتمادا على الحديث الشريف أعلاه:

والقول الضمني عن طريق السكوت في هذه الحالة قاعدة سائدة في الفقه المالكي،[18] جاء في التحفة:

وتـأذن الثيب بالإفصاح والصمت إذن البكر في النكاح

وسكوت المرأة قد يمليه الخجل عامة أو احترام الولي، أو العدول، أو الشهود، وقد تفرضه العادات والتقاليد المتأصلة في بعض المناطق. وعليه، فخلافا للقاعدة الأصولية التي تقضي بأنه لا ينسب إلى ساكت قول، فيجب على الفتاة أن تعبر صراحة عن إرادتها في حالة رفضها للزواج.

ومع ذلك فقد جاء في متن الشيخ خليل:

«ونـدب إعلامهـا بـه».

ولذلك يستحب في المذهب إعلام البكر أن صمتها إذن بقبول الزواج منها وإلا وجب عليها أن تنطق،[19] أي أن تعبر صراحة عن إرادتها في حالة خلاف تلك القرينة.

وفي القانون المغربي الحالي، ومع تحول الولاية من الشرط في الزواج إلى حق للمرأة التي تريد تزويج نفسها بنفسها، فما على هذه الأخيرة إلا أن تعبر عن إيجابها أو قبولها، تطبيقا لمقتضيات المادة 11 من مدونة الأسرة، والتي تشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا: «**شفويين عند الاستطاعة وإلا فبالكتابة أو الإشارة المفهومة**».

وفي كافة الأحوال، فهي – أي الزوجة – توقع على عقد الزواج باعتبارها طرفا أساسيا فيه، لا محلا له.[20] والتوقيع في عرف رجال القانون هو تعبير صريح عن الإرادة في التعاقد.

«وإذن الثيب الكلام وإذن البكر الصمات».

- المقنع، م.س، ج. 3 ص. 17.

18 - يقول ابن عاصم الغرناطي : «ويستحب إذنها –».

جاء في الشرح:

«يعني أنه يستحب للأب مشاورة ابنته البكر البالغ في النكاح، ويكون ذلك بواسطة من لا تستحيي منه لاحتمال قيام مانع يمنعها من التزويج وغير ذلك، وإذنها صمتها...».

- محمد بن يوسف الكافي، أحكام الإحكام على تحفة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص. 77.

ويقال لها: «إن فلانا خطبك، فإن رضيت فاصمتي، وإلا فتكلمي، فإن صمتت لزمها، ومثله إن ضحكت أو إن بكت فتنازع فيه الأصحاب، وعندي أنه رضى».

- البرزلي، نوازل، الجزء الثاني، م.س، ص، 267.

19 - الخرشي، م.س، الجزء الرابع، ص. 158.

20 - البند 9 من المادة 67.

وانظر من الناحية الفقهية:

— G. Cornu, "Vocabulaire juridique", P.U.F. 1996, p. 763.

والتعبير عن الإيجاب أو القبول هو المظهر الأساسي للرضا بالعقد من الزوجين، ومن ثم وجب أن يكون ذلك المظهر مطابقا لإرادة سليمة من كل العيوب التي قد تعدمها أو تعيبها[21].

ج - لا هـزل في الزواج :

يعتبر الزواج رابطة مقدسة تهدف إلى تحقيق أهداف جد سامية. وقد نظم الله سبحانه وتعالى أهم أحكامها بمقتضى كتابه العزيز. وكثيرا ما تكفلت السنة النبوية المطهرة، وإن هي إلا وحي يوحى. بتبيان بعض تلك الأحكام. بل وقد أضافت أخرى لم يرد لها ذكر في ذلك الكتاب.

ومما يثبت أهمية الزواج وقدسيته أن جانبا من الفقه قد ذهب إلى حد اعتباره عملا تعبديا تنال به الدرجات عند الله[22]، لا مجرد تصرف قانوني مدني تحكمه الإرادة الحرة فقط، كما ذهب البعض الآخر إلى اعتباره فرعا مستقلا عن العبادات والمعاملات عندما أدخله ضمن ما اصطلح على تسميته بالمناكحات.

وللتأكيد على تلك القدسية، جاء في حديث شريف لرسول الله ﷺ:

---

21 - ونقصد بالأساس العيوب التقليدية للإرادة ومن ذلك الإكراه والتدليس أساسا.
وكتب النوازل مليئة بالقضايا الخاصة بالإكراه في هذا المجال. ففي فتوى لأحد علماء سوس:
«... الحمد لله تعالى لا أثر لنكاح الإكراه، ولا يجوز البقاء عليه، وفي التوضيح أن المرأة إذا كانت مكرهة على الجماع بدعواها بعد أن جومعت فلا تسمع مقالتها تلك. وقد نص على ذلك بهرام الكبير:
كمن سكتت عند الجماع فجومعت فقالت أنا لم أرض بالعقد أولا»
الفتوى لأبي زيد عبد الرحمان بن محمد الجزولي (1060 هـ).
- الحسن العبادي، فقه النوازل في سوس، قضايا وأعلام (دكتوراه دولة من دار الحديث الحسنية)، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1999، ص. 183 و184 و185.
وجاء في نوازل المهدي الوزاني:
« ومن كتاب ابن سحنون أجمع أصحابنا على بطلان نكاح المكره والمكرهة.
سحنون: ثم لا يجوز للمكره والمكرهة ولا لأوليائها إجازة ذلك النكاح والمقام عليه، لأنه لم يكن عقد، ولو كان لبطل لأنه نكاح على خيار (هـ)... ».
- المهدي الوزاني، النوازل الجديدة الكبرى فيما لأهل فاس وغيرهم من البدو والقرى المسماة المعيار الجديد الجامع المعرب عن فتاوي المتأخرين من علماء المغرب م.س، الجزء الثالث، 1997، ص. 320.
22 - السيد سابق، «فقه السنة»، الجزء الثاني، دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، ص. 16 وما يليها.
وحسب صاحب الموافقات في أصول الشريعة أن الزواج يهدف إلى حماية إحدى الضروريات الخمس، ويتعلق الأمر بحفظ النسل.
- الشاطبي، م.س، الجزء الثاني من المجلد الأول، ص. 8 وما بعدها.

«ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد، الزواج والطلاق والعتاق»[23] وفي رواية أخرى وردت كلمة الرجعة بدل العتاق[24].

وبمقتضى هذا الحديث الشريف، فإن الهازل في الزواج أو في الطلاق يؤخذ قوله مأخذ الجد[25].

وطبيعي جدا أن هذا الحديث يخصص الحكم العام المضمن في قول الرسول الكريم ﷺ :

«إنما الأعمال بالنيات»[26].

وفي الوقت الراهن، ومن الناحية العملية والقانونية، فإن هذا الحكم الشرعي يصطدم بشكلية الزواج والطلاق، ومن ثم فهو يبقى عبارة عن حكم ديني يدخل في إطار علاقة الإنسان بربه، مع العلم أن الشرعي مقدم على القانوني بالنسبة للمسلم المحافظ على عقيدته.

وكملاحظة أخيرة، نشير إلى أن فقهاء مختلف المذاهب ناقشوا وبإسهاب، بعض الصيغ الخاصة بالزواج فذهبوا بشأنها مذاهب شتى، ومن ذلك إمكانية انعقاد الزواج بلفظ الهبة أو التمليك أو الإجارة أو القرض. غير أننا لن نتوقف عند هذه الصيغ لأنها لا تستعمل اليوم ولا تطرح أي إشكال أمام القضاء، إضافة إلى أنها تسيء إلى المرأة عن طريق تشييئها. أي إنزالها منزلة الأشياء، وهي إنسان كرّمها الله سبحانه وتعالى، مثلها مثل الرجل، أليس هو القائل سبحانه:

﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف﴾[27].

ثانيا - شروط الانعقاد :

بالإضافة إلى الإيجاب والقبول اللذين يمثلان في الواقع من الأمر قوام التراضي في الفقه الإسلامي . بل والقانون الوضعي كذلك . ثمة شروط جوهرية أخرى تتصل

---

23 - رواه أحمد وأبو داود والترمذي وابن ماجة عن أبي هريرة.
24 - رواه أبو داود والترمذي.
25 - ويضيف بعض الفقه أن تقرير القاعدة أعلاه يهدف كذلك إلى الوقوف في وجه كل محاولة للتهرب من آثار الزواج بعد إبرامه.
- أستاذنا المرحوم صلاح الدين زكي، م.س، ص. 36.
26 - أخرجه البخاري ومسلم.
27 - الآية 226 من سورة البقرة.

بالخصوص بطرفي ذلك التراضي، بحيث إذا ما اختلت، انعدم الوجود الشرعي لعقد الزواج:

1 ـ فيجب أن يكون أحد طرفي عقد الزواج ذكرا والآخر أنثى[28] وهذه مسألة شرعية بديهية، وألا يكون أيهما خنثى مشكل. يقول الحطاب: «قال اللخمي الخنثى المشكل لا يَنكِح ولا يُنكَح»[29].

28 - وهو ما عبرت عنه المادة الرابعة من مدونة الأسرة عندما قررت أن الزواج هو ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة وكذلك المادة الخامسة من نفس المدونة التي عرفت الخطبة بأنها تواعد على الزواج بين رجل وامرأة.

وجاء في مطلع الفصل 32 من الدستور المغربي:

«الأسرة القائمة على علاقة الزواج الشرعي هي الخلية الأساسية للمجتمع».

29 - م‌س، الجزء الثالث ص. 453.

وانظر كذلك:

ـ محمد بن محمد بن جزي، م‌س، ص. 146.

ومن هو الخنثى؟

كتب أحد الباحثين بشأن هذا الموضوع ما يلي:

«وإذا كان التمييز بين الرجل والمرأة من حيث الجنس واضحا استنادا إلى المعالم الطبيعية الفزيولوجية لكل منهما، فإن هناك حالة معقدة يصعب الحكم فيها على الشخص بأنه ذكر أو أنثى وهي حالة الخنثى.

وقد وردت عدة تعاريف فقهية للخنثى، تجمع كلها على أنه هو الشخص الذي لا يعرف هل هو ذكر أم أنثى نظرا لعدم استقلاله بمعالم فزيولوجية معينة واضحة تجعله ينتمي لجنس الذكور أو الإناث.

وجاء في بحث علمي أن التخنث درجات:

1 ـ التخنث الكامل:

وهو الحالة التي يتوفر الشخص فيها على أعضاء الذكورة كاملة النمو وأعضاء الأنوثة كاملة كذلك، وهذا النوع نادر جدا، ويعرف عن بعضهم أنهم يمارسون الحياة الجنسية أحيانا كرجال وأخرى كنساء.

2 ـ التخنث الظاهري أو غير الكامل: وهي الحالة التي يكون فيها الشخص تابعا لجنس معين، إلا أن المظهر الخارجي لعضوه التناسلي لا يكون واضحا مما يورث «الخطأ» في إعزائه لجنس معين عند الولادة.

وفي مقابلة أجريناها مع أحد الأطباء الاختصاصيين في الولادة، صرح هذا الأخير بأن حالات الخنثى قليلة جدا، إذ أنه من بين 15000 حالة مرضية تعرض في المستشفى لا يوجد بينها سوى حالة خنثى أو حالتين، وعلى أية حال لا يمكن أن تتعدى نسبتهم أكثر من 5/10000 في المغرب.

وذكر أنه لا يوجد تشابه تام بين مختلف الحالات التي تعرض على الطب، بل يشكل كل خنثى حالة خاصة ذات أوصاف ومعالم خاصة ومع ذلك فكل الحالات تتعلق بمولود يزداد بعضو تناسلي غير واضح المعالم يحمل على الاعتقاد أولا بأنه ذكر أو أنثى إلا أنه عند البلوغ تظهر عليه معالم مغايرة للجنس الذي كان قد صنف فيه وأخذ اسما شخصيا متعلقا به واكتسب عاداته وتصرفاته ونفسيته واندمج في محيطه، وهنا يقول الاختصاصي تحدث المفاجأة للمعني بالأمر ولأهله، حيث يعتقد مثلا أنه أنثى ثم بعد البلوغ تظهر علامات الرجولة كاللحية والصوت الرجولي والعضلات المفتولة... إلخ، ويزيد الأمر تعقيدا إذا ظهر بعد البلوغ أن الخنثى تغلب عليه معالم الأنوثة بحيث يخاف عليها من عدم الزواج.

وتحدث بعد ذلك عن أن الخنثى يمكنه ممارسة الجنس، لأن الجنس هو إحساس وشعور أكثر مما هو تمازج عضوي؛

ويقول ابن رشد الجد في فتاويه: «ولا يكون الخنثى المشكل زوجا ولا زوجة»[30].

ومع ذلك، فوضعية الخنثى قد تصحح حاليا بسهولة بواسطة الجراحة والمعالجة النفسية. لذلك نلاحظ أن بعض التشريعات قد اعتبرت أن الزواج بالخنثى المشكل[31] يندرج في باب التحريم المؤقت، ومن ذلك مثلا البند 8 من المادة 26 من قانون الأحوال الشخصية اليمني.

2 ـ ويجب أن يكون كل من طرفي عقد الزواج معينا بذاته. فلو قال الأب لآخر زوجتك ابنتي وكان له خمس بنات أو ست لم يصح حتى يعينها له أو يسميها وإن لم يكن له إلا بنتا واحدة[32].

إلا أن إمكانية الحمل أو الإخصاب لا تقوم على قاعدة معينة، بل قد تتوفر أم لا تبعا لكل حالة على حدة.

وأضاف الاختصاصي بأن هناك علاجا يقدم في هذه الحالة لاختيار الخنثى يتلخص في النقط التالية:

ـ يعرض على طبيب نفساني لمحاولة تغيير نفسيته وإقناعه بحقيقته.

ـ تجرى عليه عملية جراحية قصد تقويم عضوه التناسلي وجعله ملائما لتأدية وظيفته الملائمة لجنسه.

ـ تعطى له أدوية قصد تقوية الهرمونات المكونة لمعالم الجنس كاللحية بالنسبة للرجل والثديين بالنسبة للمرأة.

وفي الأخير، ذكر النصيحة التي يقدمها الأطباء والاختصاصيون في هذا المجال، وهي وجوب إعطاء المولود الذي يشتبه في جنسه اسما قابلا لأن يكون لذكر أو لأنثى «آمال، أحلام، غزلان» مثلا في انتظار ما تجرى عليه فحوص تشخيصية لمعرفة المعالم الغالبة فيه حتى يعامل على أساسها في أهله ووسطه.

هذا وحالات الخنثى هي ـ كما قال الطبيب ـ حالات شاذة طبيعية عارضة لا تنتج عن مؤثرات اجتماعية أو بيئية أو مرضية أو غيرها وإنما تحصل نتيجة للتكوين غير العادي للجنين في بطن أمه...».

ـ محمد فاضل، جريمة الفساد، مطبعة الرسالة بالرباط، 1989، ص 81 وما بعدها.

ـ ولمزيد من الايضاح حول هذا الموضوع، انظر:

ـ محمد علي البار، «خلق الإنسان بين الطب والقانون»، الدار العوابة، 1986، ص493 وما بعدها.

ومن أهم الاجتهادات القضائية المتعلقة بتغيير الخنثى من ذكر إلى أنثى انظر:

ـ قرار محكمة الاستيناف بتطوان بتاريخ 8 مارس 1991، منشور بمجلة الندوة، العدد 8، ص. 34 وما بعدها.

30 - م‌س. السفر الأول، الفتوى رقم 105، ص. 516 وما بعدها.

31 - وفي هذا الصدد قررت محكمة الاستئناف بتطوان أنه: «لا مانع في الفقه الإسلامي من إجراء عملية تكون نتيجتها إنهاء إشكال الخنثى وتؤدي إلى إيضاح أمره...».

ـ قرار 8 مارس 1991، منشور بمجلة الندوة، العدد 8، ص. 34 وما بعدها.

32 - لذلك نلاحظ ما قاله بعضهم بشأن قول نبي الله شعيب لنبي الله موسى عليهما أزكى الصلاة والسلام:

﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين﴾.

الآية 27 من سورة القصص.

قوله تعالى:

﴿إحدى ابنتي هاتين﴾ يدل على أنه عرض لا عقد، لأنه لو كان عقدا لعين المعقود عليها. فمثل هذا

وهذه مسألة تحسم حاليا على مستوى الإجراءات الإدارية التي تصاحب إبرام عقد الزواج والمفروضة بمقتضيات المواد من 65 إلى 69 من مدونة الأسرة، لذلك فهي لا تطرح حاليا أي إشكال.

3 ـ ويجب أخيرا أن يكون الزواج منجزا غير معلق على شرط أو مربوط بأجل، وإلا كان مجرد لغو من الكلام. وهذه مسألة لا تطرح عمليا، وإن حدثت تصدى لها العدلان أو قاضي التوثيق.

وسنعود للمسألة في المبحث الموالي.

المبحث الثاني
الشروط الإرادية المضمنة في عقد الزواج

تمهيد :

الشروط عموما قد تجد مصدرها في أحكام الشرع، وقد تجد مصدرها في إرادة المتعاقدين.

والشروط الإرادية هي وحدها، التي تهمنا في هذا المبحث:

وسنتناول هذه الشروط في إطار الفقه الإسلامي أولا، ثم في إطار مدونة الأسرة ثانيا.

أولا ـ بطلان عقد الزواج المربوط بأجل أو المعلق على شرط:

إن العقد عموما، وهو توافق إرادتين لأحداث أثر قانوني، قد يكون منجزا وقد يعلق على شرط وقد يربط بأجل معين[33]. فما المقصود بهذه الصيغ إذن؟

العقد المنجز هو ما كانت صيغته غير مقيدة بأمر من الأمور كالشرط والأجل.

الخيار يجوز في عقد البيع ولا يجوز في عقد النكاح.

ـ القرطبي، م.س، ج 13، ص 272.

33 ـ حول الشرط والأجل في القانون المغربي، انظر:

ـ مأمون الكزبري، م.س، الجزء الثاني، ص 17 وما بعدها.

وحول الشرط والأجل في القانون المصري، انظر:

ـ عبد الرزاق أحمد السنهوري، م.س، الجزء الثالث، ص 3 وما بعدها.

وحكم العقد المنجز أنه ينعقد ويرتب كل آثاره في الحال، بمجرد تطابق الإيجاب والقبول على موضوعه، وتوافر باقي الشروط القانونية الأخرى التي تم الاتفاق بشأنها.

والعقد المعلق على شرط هو ما علق إبرامه على شيء مستقبل قد يقع وقد لا يقع، ومثاله أن يقول شخص لامرأة تزوجتك إذا نجح أخي في الامتحان، أو تزوجتك إذا وصل أول مغربي إلى القمر، أو تزوجتك إن حصلت على وظيفة محترمة أو تزوجتك إن رجع أبي سالما من الحج، أو تزوجتك إذا سقط المطر في شهر مارس من هذا العام.

والعقد المضاف إلى أجل هو ما كانت صيغته مضافة إلى زمن مستقبل، كأن يقول رجل لامرأة تزوجتك بعد حلول فصل الشتاء أو تزوجتك بعد مرور عام ونصف من اليوم[34].

وإن عقد الزواج، وهو عقد مقدس، كما أسلفنا، ويهدف إلى تكوين أسرة والحفاظ على استمرارها واستقرارها، وبخلاف باقي العقود المدنية المالية الأخرى – مسماة كانت أم غير مسماة – ينفر بطبيعته من أن يعلق على شرط أو أن يربط بأجل، وهو بذلك لا يقوم صحيحا، إلا منجزا مرتبا لكافة آثاره في الحال. وقد ورد هذا الحكم صريحا ضمن مقتضيات المادة 11 من مدونة الأسرة والتي تنص على أنه:

«يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا :

1 ـ

2 ـ

3 ـ باتين غير مقيدين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ...».

ومن هذه الناحية، نفهم سبب تحريم الشريعة الإسلامية للزواج المؤقت وزواج المتعة.

---

34 ـ الشرط حسب الفصل 107 من قانون الالتزامات والعقود هو :

«ـ تعبير عن الإرادة يعلق على أمر مستقبل وغير محقق الوقوع إما وجود الالتزام أو زواله وأما الأمر الذي وقع في الماضي أو الواقع حالا لا يصلح أن يكون شرطا، وإن كان مجهولا من الطرفين».

وبخلاف الشرط، فإن المشرع لم يبين مفهوم الأجل وإن كان قد بين أحكامه في الفصول من 127 إلى 139 ق.ل.ع.

ولمزيد من الإيضاح حول الشرط بالارتباط مع القانون المدني المصري، انظر:

ـ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزامات، الجزء الثالث، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1973، ص 8 وما بعدها.

وفي المذهب المالكي بالخصوص: «إذا عقدوا النكاح على أن لا يبدأ التزاوج بينهما إلا بعد مضي مدة كذا فهذا وعد بالزواج وليس بزواج، فإن قصد انبرام العقد فهو باطل لأن النكاح لا يقبل الأجل...».

ـ الزرقاني، م.س، 3/190ـ214ـ243.

ـ العلوي العابدي، م.س، ص 58.

ثانيا ـ الاتفاق على وضع شروط أخرى داخل عقد الزواج:

يقصد بالشروط في هذا الصدد تلك التي تجد أساسها في إرادة الطرفين معا، أو تلك التي يشترطها أحدهما على الآخر، كشرط عدم الزواج الذي سنتناوله أثناء حديثنا عن التعدد، وهو غير التطوع الذي يلزم من خلاله أحد الزوجين نفسه بأمر ما في العقد، حيث يقال تطوع لها بكذا أو تطوعت له بكذا.

فما مدى صحة هذه الشروط شرعا وقانونا؟ وما هو أساسها الشرعي والقانوني؟

1ـ في الفقه الاسلامي عموما :

إذا كانت القاعدة هي أن تعليق الزواج على شرط واقف أو فاسخ مما يجعله باطلا بطلانا مطلقا، فإنه لا مانع يمنع من تضمين عقد الزواج نفسه لبعض الشروط الإرادية التي لا تنافي نظامه الشرعي[35] أو تناقض حقا من حقوق الله تعالى، خاصة أن

35 - الفرق بين العقد المقترن بشرط والعقد المعلق على شرط يتضح من عدة نواح:

أـ فمن حيث صورة العقد، فإن العقد المقترن بشرط يكون خاليا من أداة الشرط كـ «إن» و«إذا ما» بخلاف العقد المعلق على شرط فإنه يتم بأداة من أدوات الشرط.

ب ـ ومن حيث المعنى، فإن العقد المقترن بشرط هو منجز حاصل في الحال، ولكنه أعقب بشرط.

ج - ومن حيث الزواج، فإن العقد المعلق على شرط هو عقد باطل أما العقد المقترن بشرط إرادي، فإن صحته تتوقف على صحة الشرط من عدمها تطبيقا لأحكام المادة 47 من مدونة الأسرة.

ـ انظر في هذا الصدد، عمر عبد الله، مرجع سابق، ص 74، هامش 1.

ونشير في مطلع هذا البحث إلى أن القاعدة العامة في كل العقود الإسلامية، وخصوصا منها عقد الزواج، أن مختلف الآثار المترتبة على العقد هي من عمل الشارع. وإن كانت العقود الإسلامية تقوم في الجملة على التراضي بين المتعاقدين، غير أن هذا التراضي ينحصر في إنشاء العقد وليس في آثاره. فالآثار رتبها الشارع حفظا للعدل وصونا للمعاملات في العقود المالية عن كل نزاع، وفي الزواج حفظا للحياة الزوجية من أن تتعرض لعوامل الفساد بما يشترطه المتعاقدان من شروط قد تكون أحيانا منافية لمقاصد الشرع، ومراميه من ذلك العقد.

وإذا كانت آثار عقد الزواج من عمل الشارع عند فقهاء المذاهب الأربعة بالجملة، فإن الشروط المقترنة بالعقود لا تكون ملزمة للطرفين إلا إذا كانت متفقة مع الآثار التي رتبها الشارع الحكيم على ذلك العقد، فما يشترطه العاقدان من الشروط لا يلزم إلا إذا كان الشارع يقره أو على الأقل لا ينافي مقاصده.

وقد اختلف الفقهاء فيما يلزم من الشروط ما بين موسع ومضيق. فالظاهرية منعوا كل شرط إلا ما جاء النص بشأنه إذ قصروا الأدلة على النصوص. والحنابلة وسعوا من الشروط بحيث أجازوا كل شرط إلا ما قام الدليل على منعه وهم في هذا يجعلون للعاقد في الزواج عملا في آثار العقد فيقدرون لشرط العاقد أثرا زائدا على ما نص عليه الشارع، مالم يكن مخالفا لمبادئه.

وذهب الحنفية والشافعية وجمهور المالكية إلى أن الشروط المعتبرة هي التي تكون متفقة مع مقتضى العقد

ـ محمد أبو زهرة م.س، ص 179 وما بعدها.

وبالنسبة للمذهب الظاهري، فقد جاء في المحلى:

الرسول الكريم ﷺ قد قرر في هذا الصدد:

«إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج»[36].

والمقصود هنا الشرط الذي تشترطه الزوجة على زوجها قبل أن يعقد عليها أو أثناء ذلك العقد، أو الشرط الذي يشترطه هو عليها في نفس الإطار.

وتطبيقا للحديث الشريف الذي رواه ابن عباس والذي يقضي بأن :

«المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو حلل حراما»[37].

يميز في هذا الصدد بين الشروط المنافية لنظام الزواج والشروط التي لا

«ولا يصح نكاح على شرط أصلا، حاش الصداق الموصوف في الذمة أو المدفوع، أو المعين، وعلى ألا يضر بها في نفسها ومالها: إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان.

ـ م.س، ج. 11، ص. 66.

وسوف نرى أن المشرع المغربي قد أخذ ـ من خلال المادة 47 من مدونة الأسرة ـ بالمذهب الحنبلي.

36 - أخرجه البخاري ومسلم.

يقسم الفقهاء عادة الشروط التي تضمن في عقد الزواج إلى ثلاثة أنواع :

أولا ـ ما يقتضيه العقد ولا ينافيه :

وهو في الحقيقة شرط مألوف في العقد أو أثر من آثاره ومن ذلك أن تشترط الزوجة على زوجها أن يعاشرها معاشرة حسنة وأن يشترط هو عليها أن تسكن معه في منزله.

وهذه شروط بديهية يجب على الطرفين الوفاء بها، بل ويجب الوفاء بها ولو تم السكوت عنها.

ثانيا ـ مالا يقتضيه العقد ولا ينافيه :

وهو في الحقيقة كل شرط لا يناقض العقد ولكنه في ذات الوقت لايخص شرطا من شروطه ولا أثرا من آثاره ومن ذلك مثلا أن تشترط الزوجة على زوجها ألا يخرجها من بلدها، وأن يشترط هو عليها أن ترضع ولده من زوجة ثانية أو أن تسكن مع والديه.

ويرى جانب من الفقه المالكي بالخصوص أن هذا الشرط فيه كراهة وإن كان يستحب الوفاء به.

ويعتبر شرط عدم الزواج من أهم الشروط التي أثارت جدلا في الفقه على ما نوضحه لاحقا.

ثالثا ـ ما ينافي العقد :

وهو في الحقيقة كل شرط يناقض ما يقتضيه العقد من آثار، ومن ذلك أن تشترط الزوجة أن يكون طلاقها بيدها دون قيد أو أن يشترط هو أن يبيت عندها ليلة وعند ضرتها أسبوعا كاملا.

ـ ولمزيد من الإيضاح، انظر في هذا الصدد :

ـ محمد ابن معجوز، م.س، ص. 156.

ـ وانظر كذلك من أجل التوسع في الموضوع :

ـ محمد البشيري، م.س، الجزء الثاني، ص. 494.

37 - حديث أخرجه البخاري في صحيحه في كتاب الإجارة. باب أجر السمسرة والمسلمون على شروطهم.

وأخرجه أيضا أبو داود في سننه كتاب الأقضية، باب الصلح.

وانظر كذلك :

ـ محمد بن علي الشوكاني، «نيل الأوطار»، الكليات الأزهرية، القاهرة، 1398، هـ ص.103.

تتنافى معه، إذ بينما تعد الأولى باطلة وتعتبر كأن لم تكن، تعد الثانية صحيحة يعمل بها في هذا المجال.

ومن بين الشروط الصحيحة مثلا اشتراط الزوجة على زوجها في عقد الزواج أن يعجل لها كل صداقها أو ألا يضر بها أو لا يتناول الخمر أبدا أو ألا يتاجر في المخدرات أو أن يداوم على الصلوات الخمس، واشتراطه عليها ألا تأخذ إلا جزءا معينا من صداقها مع تأجيل الباقي أو أن تعتني بابنه من زوجة أخرى، ومنها كذلك اشتراط الزوجة على زوجها ألا يسكنها مع أهله أو مع ضرتها واشتراطها أن تزور أمها أو جدتها العجوز باستمرار وأن تقوم بين الفينة والأخرى على خدمتها. جاء مثلا في المعيار للونشريسي: «زواج الصغيرة والكبيرة بشرط تأخير البناء بها بعد سنة جائز»[38].

ومن بين الشروط غير الصحيحة اشتراط الزوج على زوجته ألا ينفق عليها أو تنفق هي عليه، واشتراطها، ألا تلد أو ألا يجامعها إلا مرة واحدة في الشهر، أو أن لا يفرض عليها الصلاة أو أن يتبنى أحد أبنائها من زوج سابق أو الاتفاق على أنه إذا توفي أحدهما لا يرثه الباقي على قيد الحياة. وقد جاء في المعيار للونشريسي مثلا «شرط الزوج في عقد الزوجية على الزوجة أن تمكنه وأبويه دون كراء فالعقد فاسد»[39].

2 - موقف الفقه المالكي ومدونة الأحوال الشخصية الملغاة من الشروط الإدارية :

الشروط الإرادية عند الإمام مالك غير ملزمة، بل وتتسم عنده بالكراهة. غير أن كثيرا من المتأخرين من فقهاء المذهب قد أجازها.[40]

يقول ابن عاصم الغرناطي في تحفته :

وما ينافي العقد ليس يجعل شرطا وغيره بطوع يقبل

وقد قنن المشرع المغربي هذا الحكم السائد في الفقه المالكي في قاعدة عامة ضمنت بالفصل 38 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والذي صيغ على الشكل الآتي :

38 - الجزء الثالث م.س، ص. 1096.

39 - الجزء الثالث م.س، ص. 325.

40 - انظر حول الموقفين:

- عبد اللطيف الأنصاري، الإطار التطبيقي للشروط الاتفاقية بين الزوجين، بحث منشور ضمن أعمال الذكرى الخمسين للمجلس الأعلى، الندوة الجهوية الثانية، قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، مطبعة الأمنية الرباط، 2007، ص. 70 وما بعدها.

«إذا اقترن العقد بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده كان الشرط باطلا والعقد صحيحا. وليس مما ينافي مقاصد العقد أن تشترط الزوجة مثلا الاشتغال في المصالح العامة للبلاد»[41].

غير أن المشرع المغربي لم يقتصر على هذا النص العام، إنما أضاف إليه نصا خاصا آخر يتعلق باشتراط عدم الزواج تم النص عليه في الفصل 30 من نفس المدونة أعلاه، وقد جاء فيه ما يلي:

«للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها وإذا تزوج فأمرها بيدها»

وللتدليل على موقف الفقه المالكي من شرط عدم الزواج نورد ما قاله ابن رشد الحفيد في كتابه «بداية المجتهد ونهاية المقتصد»:

«... اختلف العلماء في لزوم الشروط بهذه الصفة أو لا لزومها مثل أن تشترط عليه أن لا يتزوج عليها... فقال مالك إن اشترطت ذلك، لم يلزمه... وكذلك قال الشافعي وأبو حنيفة، وقال الأوزاعي وابن شبرمة: لها شرطها وعليه الوفاء...»[42].

ويقول ميارة الفاسي، وهو بصدد حديثه عن الشروط المضمنة بعقد الزواج :

«... ما لا تعلق له بالعقد فلا يقتضيه ولا ينافيه وللمرأة فيه غرض كشرط أن لا يتزوج عليها فذكر ابن الحاجب أنه مكروه ويلغى...»[43].

41 - ومن أبرز الشروط التي تفسد النكاح في الفقه المالكي، ما نصت عليه التحفة من اشتراط الزوج على الزوجة أن تسكنه في بيتها. يقول ابن عاصم:

ويفسد النكاح بالامتاع في عقدته وهو على الطوع اقتفي

ذلك : «أن العقد يفسد باشتراط الزوج على الزوجة أو على وليها في صلب العقد بأن تمنحه دارا يسكنها أو بستانا أو طاحونا يستغلها، ولو كان لمدة معلومة كخمس سنين، فإذا وقع ذلك فسخ النكاح قبل البناء ويثبت بعده بمهر المثل، ويلغى الشرط. فإن أطاعت بذلك الزوجة أو الولي جاز ولو لم تكن العادة جارية، فإن لم يشترط ولم تكن عادة ووقع من ذلك شيء حمل على الطوع، وجرى العمل عليه لجوازه وفقد مانعه، وإن استغل في صورة المنع رجعت عليه بالغلة».

- محمد بن يوسف الكافي، م.س، ص. 81.

42 - م.س، ص. 44.

وفي المعيار للونشريسي:

«إذا اشترطت عليه ألا يتسرى عليها ثم تزوج عليها فليس لها أن تطلق نفسها».

- الجزء الثالث، م.س، ص. 405.

43 - م.س، ص. 174..

وجاء في كتاب النوازل الجديدة الكبرى :

«وقال الحطاب في الالتزامات . القسم الثالث . مما لا يقتضيه العقد ولا ينافيه وللزوجة فيه غرض كشرطه ألا يتزوج عليها... فإن شرط الزوج شيئا من ذلك في العقد أو بعده... إما أن يعلقه بطلاق، فإن علقه بطلاق كقوله:

على أن الحكم المنصوص عليه في الفصل 30 أعلاه، يعبر عن موقف في الفقه الحنبلي[44] من الشروط أعلاه.

ورغم ذلك، يعتبر جانب من الفقه المالكي شرط عدم الزواج شرطا مشروعا يترتب على النص عليه في عقد الزواج وجوب وفاء الزوج به **متى تم تعليقه على طلاق**. فمثلا فإن ابن سلمون الكناني ينسب إلى القاضي أبي الوليد ابن رشد قوله إن من بين الشروط التي لا تفسد النكاح:

«... مثل أن يتزوجها على أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى معها ولا يخرجها من البلد ونحو ذلك...»[45].

ويقول ابن جزي في هذا الصدد:

«...شرط عدم إخراجها من بلدها فهو مكروه، ثم إنه إن كان مقيدا بطلاق أو تمليك... أو غير ذلك لزم ويقال له يمين، وإن لم يكن معلقا بشيء ولا وضعت عنه من صداقها لأجله لم يلزم، لكن يستحب الوفاء به...»[46].

ويقول بشأن شرط عدم الزواج:

إذا شرط لها ألا يتزوج عليها، فإن كان دون يمين لم يلزمه وجاز له أن يتزوج حسبما تقدم...»[47].

ونقرأ في فتوى لابن رشد الجد:

«إن تزوجت عليها فهي طالق... فالشرط مكروه ولا يلزم...».

- م.س، الجزء الثالث ص. 469.

44 - ابن قدامة م.س، ص. 449.

جاء في كتاب المقنع:

«باب الشروط في النكاح وهي قسمان: صحيح مثل اشتراط زيادة في المهر أو نقد معين أو أن لا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يتزوج عليها، فهذا صحيح لازم إن وفى به وإلا فلها الفسخ...».

- م.س، ج3، ص. 44 و45.

45 - ابن سلمون م.س، ص. 16.

وحسب ابن رشد (الجد) فإن الشروط المقيدة بطلاق أو تمليك تصح.

- المقدمات الممهدات الجزء الأول، م.س، ص. 483.

46 - ابن جزي م.س، ص. 145.

وتقييد الشرط بالطلاق في الحقيقة يصح عند الإمام مالك. انظر:

- الإمام مالك المدونة الكبرى (رواية سحنون بن سعيد التنوخي عن ابن القاسم)، المجلد الثاني، دار الكتب العلمية بيروت لبنان (د.ت.م)، ص. 132.

47 - ابن جزي م.س، ص. 146.

إذا شرط المطلق على مطلقته في عقد الخلع ألا تتزوج خلال عام ف «الخلع جائز والشرط باطل»[48].

وجاء في المعيار الجديد:

«...إن الشرط في النكاح إذا لم يكن معلقا بالطلاق أو التمليك لا يلزم وإنما يستحب الوفاء به...»[49].

ومن الناحية الشرعية، ليس هنالك ما يمنع الزوجة التي اشترطت على زوجها ألا يتزوج عليها، وإن فعل فعصمتها بيدها، أن تتنازل عن شرطها هذا، غير أنه ليس لهما. أي الزوج والزوجة. أن يتفقا على أنه متى تزوج بثانية فهذه الأخيرة طالق. يقول أحد الفقهاء:

«فإن علق عليه طلاق الزوجة الجديدة بأن التزم لزوجته الحالية ألا يتزوج عليها وإن فعل فالتي يتزوجها طالق، فليس لها إسقاطه لأن الحق فيه لله، والقاعدة أن الزوجة ليس لها أن تسقط عن زوجها إلا ما لا تعلق له بغيرها مثل تطليق نفسها إن تزوج عليها، فلها إسقاطه.

وأما إذا علق عليه تطليقها نفسها فهذه لها الحق في إسقاطه. فإذا التزم لها بعدم التزوج عليها وإن فعل فأمرها بيدها، فلها أن تسقط عنه هذا الشرط بعوض وبدونه»[50].

وتجدر الإشارة إلى أنه فيما يتصل بالفصل 38 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة قد طرحت أمام القضاء المغربي - بكل درجاته - قضية نجمل وقائعها فيما يلي:

رفع السيد ر.س. إلى قاضي الأحوال الشخصية ببني ملال دعوى ضد السيدة م. بصفتها وصيا على ابنتها ز. طالبا منها أن تمكنه من زوجته التي زوجها له أبوها في قيد حياته واشترط عليه ألا يدخل بها إلا بعد أن تحصل على شهادة الباكلوريا،

---

48 - م.س، السفر الثالث ص. 1560.

49 - م.س. الجزء الثالث ص. 486.

50 - أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني، «التدريب على تحرير الوثائق العدلية»، ج2، م.س، ص. 174.

وانظر كذلك من أجل التوسع:

- المهدي الوزاني، النوازل الكبرى، م.س.، الجزء الثالث ص. 468 وما بعدها.

- محمد العلوي العابدي، الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، طبع إفريقيا والشرق، 1996، ص. 78 وما بعدها.

ملاحظا أن هذا الشرط قد يتحقق وقد لا يتحقق مما يجعل حقه في الدخول بزوجته معلقا، فيتضرر من ذلك ضررا معنويا بليغا، وأنه لا يمانع في متابعة زوجته لدراستها بعد الدخول.

وقد أجابت المدعى عليها السيدة (م.) بأنها تتشبث بالشرط المضمن في عقد الزواج. وقد حكمت محكمة السدد ببني ملال على المدعى عليها بتمكين المدعي السيد ر.س. من زوجته وبإبطال الشرط العالق بعقد الزواج لأنه مناف لمقاصد الزواج.

وقد أيد هذا الحكم من محكمة ثاني درجة ببني ملال ثم من طرف المجلس الأعلى بعد ذلك[51].

وتؤيد هذا الموقف الذي ينسجم مع الفصل 38 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

ومن الناحية الفقهية، إن الشرط الذي التزم به الزوج تجاه أب زوجته ينتقل إلى هذه الأخيرة بعد وفاة ذلك الأب[52]، ما دام أن ذلك الشرط يخصها ويحقق لها مصلحة.

وأخيرا، إن مقتضيات المادة 17 من مدونة التجارة قد اعتبرت ممارسة النشاط التجاري من جانب المرأة المتزوجة من متعلقات النظام العام لا يمكن تعطيله عن طريق الشرط، سواء ضمن هذا الشرط بعقد الزواج أم بعقد مستقل.

3- موقف مدونة الأسرة من الشروط الإرادية :

بخلاف مدونة الأحوال الشخصية التي لم تعر لموضوع الشروط الإرادية اهتماما كبيرا[53]، فإن مدونة الأسرة قد نظمت الشروط الإرادية المرتبطة بالزواج أساسا من

51 - قرار المجلس الأعلى الصادر في 15 يوليوز 1968، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 3، ص. 19 وما بعدها.

52 - الونشريسي، م.س. الجزء الرابع، ص 394.

- وللتوسع حول الموضوع، انظر :

- محمود بلال مهران، «الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي»، دراسة مقارنة دار الثقافة العربية بالقاهرة، 1985.

53 - باستثناء الفصل 38 من تلك المدونة الملغاة وقد نص على أنه :

«إذا اقترن العقد بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده كان الشرط باطلا والعقد صحيحا وليس مما ينافي مقاصد العقد أن تشترط الزوجة مثلا الاشتغال في المصالح العامة للبلاد».

وانظر حول هذا النص :

خلال المواد 47 و48 و49 منها، بالإضافة إلى نصوص أخرى متفرقة داخل المدونة، ومن ذلك مثلا:

أ- المادة 40 وتخص شرط عدم التعدد، والتي تعترف صراحة بصحة شرط عدم الزواج.

ب- المادتان 98 و99 تخصان طلب التطليق من طرف الزوجة لإخلال الزوج بشرط من شروط عقد الزواج.

ج- يتعلق النصان الأولان أي المادتان 47 و48 من مدونة الأسرة بالشروط الإرادية عموما، ويتعلق النص الأخير أي المادة 49 من نفس القانون بالاتفاقات الخاصة بتدبير الأموال التي ستكتسب أثناء قيام الرابطة الزوجية.

ونتوقف فيما يلي عند المادتين 47 و 48، أما باقي المواد الأخرى فسنتناولها في المواضيع المرتبطة بها.

أ- تنص المادة 47 من مدونة الأسرة على أنه :

«الشروط كلها ملزمة، إلا ما خالف منها أحكام العقد ومقاصده وما خالف القواعد الآمرة للقانون فيعتبر باطلا والعقد صحيحا».

ويعبر هذا النص عن موقف الحنابلة من الشروط. وهكذا، فإذا كان المالكية يتحرون في الشروط كثيرا، لدرجة اختلافهم في صحة بعض صورها، فإن الحنابلة وضعوا قاعدة عامة مفادها أن كل الشروط التي لا تناقض حكما شرعيا وتحقق مصلحة وفائدة للمشترط، سواء كان زوجا أو زوجة، هي شروط صحيحة[54]، جاء مثلا في كتاب المغني لابن قدامة، وهو بصدد الحديث عن الشروط التي تشترطها الزوجة على زوجها:

«... وجملة ذلك أن الشروط في النكاح تنقسم أقساما ثلاثة: أحدهما ما يلزم الوفاء به وهو ما يعود إليها نفعه وفائدته، مثل أن يشترط لها ألا يخرجها من دارها أو بلدها أو لا يسافر بها ولا يتزوج عليها ولا يتسرى عليها فهذا يلزمه الوفاء به...»[55].

- محمد الكشبور، «الوسيط في قانون الأحوال الشخصية»، الطبعة الخامسة، م.س. ص، 145.

وإلى جانب هذا النص العام، هناك نص خاص يتعلق بشرط عدم الزواج تم النص عليه ضمن الفصل 30 من مدونة الأحوال الشخصية، وهو فصل سنرجع إليه أثناء تطرقنا لاشتراط منع التعدد.

54 - راجع البحث الذي سوف نخصصه للنزاعات المالية بين الزوجين.

55 - انظر حول هذه النقطة :

- محمد الكشبور، «أحكام الزواج والانفتاح على المذاهب الأخرى»، مقال منشور بالمجلة المغربية، لقانون واقتصاد

ويترتب على ذلك أن لها – أي الزوجة – أن تطلب فسخ الزواج إذا أخل الزوج بالشرط[56].

ويبطل الشرط إذا خالف أحكام العقد كالمساكنة، أو مقاصده كالتناسل أو حكما شرعيا كتحريم زواج المتعة أو تحريم زواج الشغار أو تحريم زواج التحليل على ما سنوضحه لاحقا.

ويبطل الشرط إذا خالف القواعد الآمرة كشرط عدم الزواج وشرط عدم ممارسة التجارة[57].

ويستند الحنابلة في موقفهم هذا إلى الحديثين الصحيحين السابقة الإشارة إليهما، أولهما يتعلق بوجوب الوفاء بالشروط عموما وثانيهما الحديث المشهور الذي رواه البخاري ومسلم:

«إن أحق الشروط أن توفوا بها ما استحللتم به الفروج».

ويقوي هذا الحديث عند الحنابلة ما رواه البخاري بشأن قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه من: «أن رجلا تزوج امرأة وشرط لها السكنى في دارها، ثم أراد نقلها، فتقاضيا إلى عمر فقال: لها شرطها، فقال الرجل: إذا تطلقنا، فقال عمر: مقاطع الحقوق عند الشروط».

وفي نظرنا أن ما سبق تقريره تشريعيا من خلال الفصلين 30 و38 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، يمثل تطبيقا من التطبيقات التي تندرج في إطار أحكام المادة 47 من مدونة الأسرة.

التنمية، العدد 50 (عدد خاص)، ص. 91 وما بعدها.

- موفق الدين وشمس الدين بن قدامة «المغني والشرح الكبير على متن المقنع في فقه الإمام أحمد بن حنبل»، المجلد السابع، دار الفكر، 1987، ص. 448.

وانظر للتوسع والمقارنة:

- محمد مصطفى شلبي، م.س، ص. 156 وما بعدها.

- ابن قدامة، م.س، ص. 449.

وانظر من أجل التوسع حول موقف الحنابلة من الشروط أعلاه:

- ابن تيمية مجموع فتاوى شيخ الإسلام أحمد بن تيمية المجلد 32، مكتبة المعارف بالرباط، (ت.غ.م)، ص. 157 وما بعدها.

- ابن القيم، زاد المعاد في هدي خير العباد، الجزء الخامس، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، الدوحة، قطر، 2006، ص. 86 وما بعدها.

56 - المقنع، م.س، ج. 3، ص. 45.

57 - المادة 17 من مدونة التجارة.

بقيت الإشارة أخيرا، إلى أن بطلان الشرط المضمن في عقد الزواج لا يفسد هذا العقد، ما لم يتعلق الأمر بمجالات خاصة كنكاح المتعة[58] ونكاح الشغار[59]، حيث يبطل العقد من أساسه، في الفقه المالكي المكمل لمدونة الأسرة، طبقا لمقتضيات المادة 400 منها.

ب – تنص المادة 48 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«الشروط التي تحقق فائدة مشروعة لمشترطها تكون صحيحة وملزمة لمن التزم بها من الزوجين.

إذا طرأت ظروف أو وقائع أصبح معها التنفيذ العيني للشرط مرهقا، أمكن للملتزم به أن يطلب من المحكمة إعفاءه منه أو تعديله مادامت تلك الظروف أو الوقائع قائمة، مع مراعاة أحكام المادة 40».

ونبدي فيما يلي بشأن هذا النص التشريعي الملاحظات الثلاث الآتية:

* تكرس الفقرة الأولى من المادة 48 أعلاه موقف الحنابلة من الشروط كما بينت ذلك المادة 47 السالفة الذكر.

* لقبول الشرط يجب أن تكون لمشترطه فيه مصلحة مشروعة أكيدة. والمصلحة شرط من شروط قبول الدعوى، إن لم تكن أهم شرط فيها. وقد نص الفصل 111 من ق.ل.ع على أنه:

«يبطل ويعتبر كأن لم يكن الشرط الذي تنعدم فيه كل فائدة ذات بال، سواء بالنسبة لمن وضعه أو إلى شخص آخر غيره، أو بالنسبة إلى مادة الالتزام».

* رغم أن المشرع المغربي لا يأخذ بقاعدة عامة تقنن نظرية الظروف الطارئة[60]، فهو قد اقتبس من مبادئها الفقرة الثانية من المادة 48 التي تسمح للمحكمة بناء على

---

58 - سنحلل نكاح المتعة في المبحث الموالي بحول الله.

59 - سنحلل نكاح الشغار في المبحث الذي سنخصصه للصداق إن شاء الله.

60 - لأخذ فكرة عامة عن نظرية الظروف الطارئة في بعض القوانين المقارنة، انظر:

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، «الوسيط في شرح القانون المدني»، نظرية الالتزام، مصادر الالتزام، الجزء الأول، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1964، ص. 703 وما بعدها.

- حسبو الفزازي، «أثر الظروف الطارئة على الالتزام العقدي في القانون المقارن»، الاسكندرية، 1979.

- أسامة عبد الرحمن، «نظرية الظروف الطارئة بين النظرية والتطبيق»، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بالرباط، 1983.

- محمد الكشبور، «نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة»، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1993، ص. 101 وما بعدها.

طلب من المعني بالأمر أن تلغي أو تعدل الشرط الذي أصبح مرهقا لظروف أو وقائع استجدت، ومن ذلك أن يلتزم الزوج بالانفاق على أبناء زوجته من رجل آخر، ثم تسوء ظروفه المالية لدرجة يستحيل عليه الوفاء بالشرط، أو أن تلتزم الزوجة بحضانة أبنائه وتصبح عاجزة عن ذلك بدنيا لمرض ألم بها.

ومن الناحية القانونية، قد يكون الإعفاء من الشرط نهائيا أو خلال مدة معينة، حسب ما تقدره المحكمة اعتمادا على ظروف كل نزاع على حدة.

* إذا كان المشرع المغربي قد أخذ بنظرية الظروف الطارئة في مجال الشروط الإرادية المضمنة في عقد الزواج، فهو قد استثنى من ذلك الشرط الذي تحكمه المادة 40 من مدونة الأسرة والخاص بمنع التعدد المشترط من جانب الزوجة، وهو ما سنتعرض له في المبحث الموالي.

ومما تجب الإشارة إليه هنا أن بطلان الشرط أو الشروط لا يؤدي إلى بطلان عقد الزواج[61]، إلا إذا وجد نص صريح يقضي بذلك كزواج المتعة وزواج الشغار[62] على ما سنوضحه في الفرع المالي.

4 – ويجب التنبيه أخيرا إلى أن الشرط حق لمن شرطه، بحيث له وحده أن يتمسك به، كما له أن يتنازل عنه. وفي هذا الصدد، تنص المادة 54 من قانون الأسرة القطري على أنه:

«يسقط حق طلب الفسخ إذا أسقطه صاحبه صراحة أو ضمنا».

وفي التشريع المغربي، وطبقا لمقتضيات الفصل 467 من قانون الالتزامات والعقود، فإن التنازل عن الحق يجب أن يكون صريحا.

---

61 - المادة 47 من مدونة الأسرة.

62 - سوف نعرض إلى زواج المتعة وزواج الشغار فيما سيأتي.

الفرع الثاني
شروط صحة الزواج

تمهيد :

شروط صحة عقد الزواج هي شروط يجب توافرها في العقد بعد تحقق ركنيه وشروط الانعقاد المتصلة بهذين الركنين. وفي حالة تخلفها يكون ذلك العقد – مبدئيا[63]– فاسدا.

والشروط العامة الواجب توفرها شرعا وقانونا من أجل صحة عقد الزواج هي الآتي بيانها:

1 - أن يتم الزواج على التأبيد.

2 - أن يكون كل من الزوجين أهلا للزواج وكامل الإرادة.

3 - أن يكون كل منهما خلوا من الموانع الشرعية، بالنسبة للزوج الآخر.

4 - أن يمثل المرأة في العقد وليها في أحوال خاصة.

5 - أن يتم الإشهاد على الزواج.

6 - أن يكون ثمة صداق للزوجة.

ونبحث الشرط الأول والثاني في مبحث واحد، ثم نبحث الشروط الأخرى في مباحث مستقلة نظرا لأهميتها، حسب التقسيم الآتي:

- **المبحث الأول : شرط التأبيد وشرط الأهلية في الزواج.**
- **المبحث الثاني : المحرمات من النساء وقيود التعدد.**
- **المبحث الثالث : الولاية في الزواج.**
- **المبحث الرابع : الاشهاد على الزواج.**
- **المبحث الخامس : الصداق.**

---

63 - نقول مبدئيا لأن العقد مع الإخلال بالشرط أحيانا قد يرتب البطلان كما هو الحال بالنسبة للزواج من إحدى المحرمات من النساء.

راجع البند الثاني من المادة 57 من مدونة الأسرة.

المبحث الأول

شرط التأبيد وشرط الأهلية في الزوج

تمهيد:

سنتناول في هذا المبحث – وكما يتضح من عنوانه – مسألتين أساسيتين:

أولهما شرط تأبيد الزواج وفساد زواج المتعة.

وثانيهما شرط أهلية الزواج والاستثناءات التي ترد عليه.

أولا- شرط تأبيد الزواج وفساد زواج المتعة :

1- قاعدة تأبيد الزواج :

لصحة عقد الزواج يشترط – شرعا وقانونا – أن تكون الصيغة التي استعملت في إنشائه منجزة لا تدل على توقيته بمدة معينة أو غير معينة، طالت هذه المدة أم قصرت.

فإن دلت الصيغة على ذلك، كان العقد باطلا لدى جمهور الفقهاء، ومن ذلك مثلا أن يقول الرجل لامرأة خالية من الموانع الشرعية بالنسبة إليه تزوجتك شهرا أو سنة، أو تزوجتك مدة إقامتي بمدينة الدار البيضاء أو بالمغرب، ويتم النص على ذلك في العقد.

إن الزواج مؤسسة اجتماعية، يرمي من ضمن ما يرمي إليه، إلى التناسل والتكاثر وتكوين أسرة متينة البنيان يسودها الود والاحترام، تساهم في البناء الاجتماعي والأخلاقي والاقتصادي للمجتمع عن طريق استمرار المعاشرة الزوجية والمحافظة عليها والقيام ماديا ومعنويا على تربية الأولاد، ولا يتحقق شيء من كل ذلك متى كان العقد مؤقتا، لأن ما يقصد به بدلالة توقيته غالبا في هذه الحالة مجرد الاستمتاع الجنسي الوقتي ليس إلا. والاستمتاع الجنسي وسيلة لا غاية في إطار العلاقة الزوجية. ومن هذه الناحية يكون عنصر التأبيد من أهم مقاصد الزواج.

وقد أكد المشرع المغربي هذه الخاصية من خلال المادة الرابعة من مدونة الأسرة عندما نصت صراحة على أن الزواج هو في حقيقته **ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام**[64].

---

64 - فقد جاء في مطلع هذه المادة:

ومما له اتصال وثيق بالزواج المؤقت، ما اصطلح الفقه الإسلامي على تسميته بزواج المتعة.

2- تحريم زواج المتعة :

نكاح المتعة هو نكاح إلى أجل معين بلفظ المتعة.

لم تتطرق مدونة الأسرة وقبلها مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، لا من قريب ولا من بعيد إلى زواج المتعة[65] بصفته تلك.

وزواج المتعة هو أن يعقد الرجل زواجه على امرأة خالية من الموانع الشرعية بالنسبة إليه بصيغة المتعة مدة معلومة بصداق معلوم، كأن يقول لها أتمتع بك أياما أو مدة شهر أو مدة سنة مقابل صداق كذا، أو كأن يقول لها أستمتع بك مدة إقامتي بهذا البلد مقابل صداق كذا،[66] فتقول المرأة قبلت. وهذا الزواج يُعَد باطلا غير منعقد أصلا ولو حضره الولي والشهود وسمي للمرأة صداق.

وهذا النوع من الزواج كان سائدا في الجاهلية، إلا أن الإسلام قد حرمه تحريما مطلقا بعدما سبق للرسول الكريم أن سمح به في حالة الضرورة في أوَل الإسلام، أي في ظروف الحرب[67]. فعن قيس ابن حازم، عن عبد الله بن مسعود:

«كنا نغزو مع رسول الله ﷺ وليس لنا نساء، فقلنا، يا رسول الله ألا نستخصي؟ فنهانا عن ذلك، ورخص أن ننكح بالثوب إلى أجل[67م]» ثم قرأ هذه الآية:

«الزواج ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام».

65 - نكاح المتعة هو النكاح إلى أجل معين وهو من التمتع بالشيء والانتفاع به، والاسم المتعة لأنه ينتفع بها إلى أمد معلوم. وقد كان مباحا في أول الإسلام، ثم حرم، وهو الآن جائز عند الشيعة.

66 - وحسب البعض، فقد سمي هذا الزواج بزواج المتعة لأن القصد منه إنما هو نفع مادي مؤقت، إذ أن المرأة تستهدف من ورائه الحصول على الصداق لتنتفع به، بينما يستهدف به الزوج الاستمتاع المؤقت بالمرأة.

- محمد بن معجوز، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1994، ص. 20.

67 - عن ابن عباس قال: إنما كانت المتعة في أول الإسلام كان الرجل يقدم البلد ليس له فيه معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم فتحفظ له متاعه حتى نزلت الآية:

﴿ إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم ﴾. فكل فرج سواهما حرام، (رواه ابن ماجه).

وفي بعض الروايات أن الرسول ﷺ أباح زواج المتعة في بعض الغزوات، قبل أن يقول بتحريمه بصفة مطلقة.

- محمود محمد الطنطاوي، م.س، ص. 67 و68.

67م – ألا نستخصي : من الاستخصاء وهو استفعال من الخصاء، وهو نزع البيضتين من الخصيتين.

أن ننكح بالثوب إلى أجل: هو صورة المتعة وهو أن يتزوج امرأة على ثوب ونحوه إلى أجل معين.

﴿ولا تحرموا طيبات ما أحل الله لكم ولا تعتدوا إن الله لا يحب المعتدين﴾[68].

وقد كثرت الروايات بصدد تحريم زواج المتعة، نكتفي منها بما أخرجه ابن ماجة عن الرسول الكريم ﷺ:

«يا أيها الناس إني كنت أذنت لكم في الاستمتاع، ألا وإن الله قد حرمها إلى يوم القيامة»[69].

وما رواه البخاري ومسلم وأحمد عن علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح المتعة[70].

---

68 - الآية 87 من سورة المائدة.

69 - الحديث أخرجه البخاري ومسلم.

70 - يقول ابن رشد القرطبي في بداية المجتهد:

«وأما نكاح المتعة فإنه وإن تواترت الأخبار عن رسول الله ﷺ بتحريمه إلا أنها اختلفت في الوقت الذي وقع فيه التحريم، ففي بعض الروايات أنه حرمها يوم خيبر، وفي بعضها يوم الفتح، وفي بعضها في حجة الوداع، وفي بعضها في عمرة القضاء، وفي بعضها في عام أوطاس، وأكثر الصحابة وجميع فقهاء الأمصار على تحريمها، واشتهر عن ابن عباس تحليلها، وتبع ابن عباس على القول بها أصحاب من أهل مكة وأهل اليمن، ورووا أن ابن عباس كان يحتج لذلك بقوله تعالى:

﴿فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم﴾.

وفي حرف عنه إلى أجل مسمى، وروي عنه أنه قال: ما كانت المتعة، إلا رحمة من الله عز وجل رحم بها أمة محمد ﷺ ولولا نهي عمر عنها ما اضطر إلى الزنا إلا شقي». م.س، ص43 و 44.

ورغم ذلك فإن الشيعة الإمامية تقول بصحة زواج المتعة حيث استدلوا لذلك بما يلي:

1 ـ قول الله تعالى:

﴿فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة﴾.

فإنه سبحانه وتعالى عبر بالاستمتاع دون الزواج، وبأجور دون المهور، والأجر غير المهر، والاستمتاع غير الزواج المعروف حيث إنه أوجب على الرجل إعطاء الأجر مقابل الاستمتاع بالمرأة فيكون هذا تقريرا لجواز المتعة.

2 ـ إن زواج المتعة أباحه الرسول ﷺ في بعض الغزوات، وكان ابن عباس وبعض الصحابة بعد ذلك يقولون بجوازه فيبقى على الإباحة إلى أن يقوم الدليل على منعه وتحريمه.

ـ محمد حامد قمحاوي والسيد عمر عبد الله، «أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين»، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، 1986، ص.25.

والظاهر أن موقف الشيعة الإمامية هنا ينقصه السند الصحيح لأن إجماع المفسرين على أن الآية المستدل بها إنما تتعلق بالزواج على ما يتضح من السياق الذي وردت فيه، وأن ابن عباس قد رجع عن موقفه عندما تمعن في قول الله عز وجل:

﴿والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين﴾.

م.س، بنفس الموضع.

وهنا يمكن الحديث عن نسخ السنة للسنة[71]، وهو ما يقول به البعض ويرفضه البعض الآخر[72].

ولقد خالف زفر ـ وهو من أئمة الأحناف ـ جمهور الفقهاء وانفرد بالقول إن زواج المتعة صحيح على التأبيد لكونه عقد زواج اقترن بشرط فاسد، فيصح العقد مؤبدا ويبطل الشرط. ويشترط هذا الفقيه لصحة العقد أن يبرم بلفظ الزواج. أما إذا إبرم بلفظ المتعة وحده فهو باطل عنده[73].

والمذهب الظاهري ينسجم في موقفه مع موقف الجمهور.

بقيت الإشارة إلى أن جمهور الفقهاء لا يفرقون في الحكم بين النكاح المؤقت ونكاح المتعة مادام أن المؤدى واحد في كليهما وهو ربط الزواج بالأجل الصريح أو الضمني، حيث الفرق بينهما في الصياغة لا في الآثار والمضمون، والعبرة بالمعنى لا بالمبنى.

3 ـ التمييز بين زواج المتعة والزنا:

جاء في فتاوى ابن رشد الجد[74]:

«... نكاح المتعة الذي نهى عنه النبي ﷺ وحرمه وأجمع العلماء على تحريمه، إلا من شذ منهم فلم يعتد بخلافه منهم، هو أن يتزوج الرجل المرأة إلى أجل معلوم بولي

---

71 - وللوقوف على أحاديث أخرى تتعلق بالموضوع، وعلى مواقف الصحابة وأقوالهم بخصوص الموضوع، انظر:

ـ الإمام بدر الدين العيني الحنفي، نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار في شرح معاني الآثار، تحقيق أبو تميم ياسر بن ابراهيم، اصدار وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية بدولة قطر، المجلد العاشر، 2008، ص. 339 وما بعدها.

72 ـ ابن حزم، المحلى، م.س، ج. 11، ص. 69 و70.

73 - السيد سابق، فقه السنة، الجزء الثاني، دار الفكر العربي، بيروت، 1977، ص. 41 وما بعدها.

ـ انظر للزيادة في الإيضاح حول هذا الموضوع محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 144 وما بعدها.

ويرى الأستاذ أحمد الخمليشي أن رأي زفر يتفق والفصل 38 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والذي ورد فيه ما يلي:

«إذا اقترن العقد بشرط ينافي نظامه الشرعي أو ينافي مقاصده كان الشرط باطلا والعقد صحيحا...».

وخالف هذا الرأي لأن الفصل أعلاه لا يمكن أن يأخذ حكمه إلا في إطار الفقه المالكي، وهذا الفقه يجعل زواج المتعة أو الزواج المؤقت مخالفا لشريعة الإسلام بالشكل السابق بيانه.

74 - م.س، السفر الثالث، الفتوى رقم 557، ص. 1535 وما بعدها.

وانظر كذلك:

ـ البرزلي، النوازل، م.س، ج. 1، ص. 172.

وصداق وشهيدي عدل، فتكون أمور الزوجية كلها قائمة بينهما إلى ذلك الأجل ما عدا الميراث وأما من توافق مع امرأة فيما بينه وبينها على أن يطأها ويستمتع بها مدة من الزمان على شيء يبذله لها من ماله فليس ذلك بنكاح المتعة وإن سمياها نكاحا، وإنما هو زنى...».

ورغم سكوت المشرع عن تحريم زواج المتعة، فمن وجهة نظرنا أن ذلك التحريم يندرج ضمن البند الثالث من المادة 11 من مدونة الأسرة، وقد جاء فيها ما يلي:

«**يشترط في الإيجاب والقبول أن يكونا:**

1- ...

2- ...

3- **باتين غير مقيدين بأجل أو شرط واقف أو فاسخ**».

ويقوي هذا النص ما تضمنته المادة الرابعة من مدونة الأسرة من أن عقد الزواج يجب أن يبرم على الدوام.

وأخيرا، نشير إلى أن «من تزوج وفي نفسه أن يفارق وقتا ما معينا،... فعن أصبغ أنه ليس بحرام ولكنه يكره. وروي عن بعض السلف أنه رآه متعة...»[75] والمتعة تبطل الزواج.

ومن المفيد الإشارة هنا كذلك إلى أن جانبا من الفقه يعتبر زواج التحليل من باب الزواج المؤقت.

ثانيا- شرط الرشد :

1- القاعدة :

يشترط المشرع المغربي لصحة عقد الزواج أن يكون كل من طرفي ذلك العقد، وهما الزوج والزوجة، عاقلا وبالغا سن الرشد القانوني، كما حددته المادة 209 من مدونة الأسرة[76]. وفائدة ذلك أن الزواج عقد له خطره الأكيد، يقتضي من المقدم عليه أن يعقل ذلك الخطر.

---

75 - البرزلي، فتاوى البرزلي، الجزء الثاني، م.س.، ص. 199 و200.

وراجع حول تفصيل المسألة في المذهب المالكي:

- أبي إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، (بدون تاريخ)، المجلد الأول، الجزء الأول، ص. 182 وما بعدها.

76 - تنص المادة 209 من مدونة الأسرة على أن: «سن الرشد القانوني 18 سنة شمسية كاملة».

وفقا للمادة 19 من هذه المدونة الأخيرة :

«**تكتمل أهلية الزواج بإتمام الفتى والفتاة المتمتعين بقواهما العقلية ثمان عشرة سنة شمسية**»[77].

فالزواج هو تصرف قانوني له أهمية خاصة قبل كل شيء، وهو تصرف يحمل الزوج تبعات مالية مهمة، لأنه يلزمه بدفع مبلغ الصداق، وتجهيز بيت الزوجية، والإنفاق على الزوجة بعد البناء بها مباشرة. والقاعدة في التشريع المغربي أن من لم يبلغ سن الرشد. وهو ثمان عشرة سنة شمسية كاملة. يحجر عليه من الناحية المالية بسبب صغر سنه[78].

على أن الزواج يحمل الزوجين مسؤوليات أخرى كبيرة لا علاقة لها بالمال تفرض عليهما. على الأقل. أن يكونا راشدين، يدركان معنى الزواج ويفهمان آثاره والمسؤوليات التي تترتب عليه، بل ويقومان بها على الوجه المطلوب والأكمل شرعا وقانونا.

2- الاستثنــاء :

ورغم ذلك، فإن تقرير القاعدة أعلاه لم يمنع المشرع، لاعتبارات اجتماعية أو نفسية أو دينية أو بيئية من وضع استثنائين يخصانها، أولهما يتعلق بزواج من لم يبلغ سن الرشد، وثانيهما يتعلق بزواج المصاب بإعاقة ذهنية، بإذن من سلطة القضاء.

ويتم الحصول على الإذن بالزواج لمن لم يبلغ سن الرشد، بواسطة طلب مكتوب يقدم إلى قاضي الأسرة المختص في إطار مقتضيات المواد من 20 إلى 23 من مدونة الأسرة.

---

77 - من الملاحـظ أن هذا الوضع ليس هو السائد في القانون المدني الفرنسي إذ جاء في الفصل 144 منه، ما يلـي:

- "L'homme avant dix huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage".

مع العلم أن المادة 114 أعلاه تنسجم انسجاما كليا مع ما كان سائدا في إطار مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

والنظر حول هذا الوضع الأخير:

- محمد الكشبور، م.س.، ص. 152.

78 - المادة 212 إلى 217 من مدونة الأسرة. تتطابق هذه المواد مع ما كان سائدا في إطار مدونة الأحوال الشخصية الملغاة من خلال الفصول من 133 إلى 146.

أ- زواج من لم يبلغ سن الرشد :

* زواج من لم يبلغ سن الرشد يتوقف على الإذن به من قاضي الأسرة:

فكمال الأهلية من حيث السن شرط أساسي في صحة كل العقود المدنية والتجارية.

ولأن الضرورة قد تقتضي الزواج في حالات خاصة قبل بلوغ السن التي نص عليها المشرع في المادة 19 السالفة الذكر، فقد وضع المشرع لتلك القاعدة استثناء هاما تم تنظيم أحكامه بالمواد 20 و21 و22 من مدونة الأسرة.

*** زواج من لم تكتمل أهلية أدائه:**

تنص المادة 20 من مدونة الأسرة على ما يلي :

«لقاضي الأسرة المكلف بالزواج أن يأذن بزواج الفتى والفتاة دون سن الأهلية المنصوص عليه في المادة 19 أعلاه، بمقرر معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك، بعد الاستماع لأبوي القاصر أو نائبه الشرعي والاستعانة بخبرة طبية أو إجراء بحث اجتماعي.

مقرر الاستجابة لطلب الإذن بزواج القاصر غير قابل لأي طعن».

وهكذا، فلقاضي الأسرة – وهو صاحب الاختصاص هنا – أن يأذن بزواج من لم يبلغ بعد سن الرشد القانوني من الزوجين في إطار سلطته التقديرية بقرار معلل يبين فيه المصلحة والأسباب المبررة لذلك.

والمصلحة يجب أن تكون أكيدة، وأن تكون هي الدافع الأساسي لطلب الإذن بالزواج وهو ما يجب على القاضي التأكد منه جيدا قبل منح ذلك الإذن.

ولأن المشرع لم يبين هذه المصلحة التي قد تختلف مبرراتها من شخص لآخر، فهي تستخلص من أقوال الأب أو الأم أو رأي الطبيب المختص أو تقرير من أنجز بحثا اجتماعيا في الموضوع أو من لقاء مباشر قد يتم بين القاضي والقاصر أو القاصرة الراغبين في الزواج، ومن باب المصلحة نذكر القوة الجنسية الجامحة للراغب في الزواج، وحمل الفتاة عن طريق الشبهة أو اغتصابها وبالتالي طلب زواجها ممن أحبلها أو ممن اغتصبها، سترا لها وربما سترا لعائلتها كذلك.

وبخصوص الاستعانة بالخبرة الطبية أو بالبحث الاجتماعي، فللقاضي أن يكون اقتناعه من أحد الإجراءين دون الآخر، وله أن يلجأ إليهما معا، في إطار السلطة التقديرية التي يتمتع بها في هذا المجال، متى استشكل عليه الأمر.

وإذا كان مقرر الموافقة على طلب الإذن بزواج القاصر أو القاصرة لا يقبل أي طعن، فمفهوم المخالفة لهذا الحكم التشريعي يقضي بأن مقرر الرفض يقبل ذلك الطعن أمام المحكمة الأعلى درجة، وهذه قاعدة سائدة في المجال الولائي عموما ومجال الأوامر المبنية على طلب، خصوصا[79].

بقيت الإشارة هنا إلى أن المشرع لم يحدد لقاضي الأسرة حدا للسن الذي لا يمكنه أن ينزل عنه. ولأننا أمام استثناء، فيجب إعماله في أضيق الحدود وبالتالي لا يمكنه أن ينزل – في نظرنا – عن سن 18 سنة إلا بسنة أو سنتين، واستثناء جدا بثلاث سنوات.

والاستثناء يجب أن يبرر.

*** زواج من لم يبلغ سن الرشد يتوقف على إذن نائبه الشرعي كذلك:**

- تنص المادة 21 من مدونة الأسرة على أنه :

«زواج القاصر متوقف على موافقة نائبه الشرعي.

تتم موافقة النائب الشرعي بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد.

إذا امتنع النائب الشرعي للقاصر عن الموافقة بت قاضي الأسرة المكلف بالزواج في الموضوع».

لا يتوقف زواج من لم يبلغ سن الرشد القانوني من الزوجين على استصدار إذن بذلك من قاضي الأسرة عن طريق تقديم طلب إليه، ولكن لابد قبل ذلك من موافقة نائبه الشرعي على هذا الزواج، إذ أن هذا الأخير قد يكون أدرى بمصلحة من يوجد تحت نيابته من القاضي نفسه، وربما أعلم بظروفه النفسية والاجتماعية التي قد تفيد القاضي في تكوين اقتناعه.

وقد تتخذ هذه الموافقة عدة صور، في مقدمتها التوقيع مع القاصر على طلب الإذن بالزواج، وحضوره عملية إبرام العقد أمام العدلين المنتصبين للإشهاد دون إبداء أي اعتراض، أو الإدلاء بوثيقة مكتوبة وموقعة منه تعبر عن موافقته على الزواج.

غير أنه من المتصور أن يتقدم القاصر بطلب الإذن بالزواج وحده ويمتنع نائبه الشرعي عن السماح له بالزواج، إما تعنتا منه وإما لسبب معقول، وفي هذه الحالة،

---

79 - راجع مثلا الفصل 148 من ق.م.م.

فالكلمة الفصل تبقى لقاضي الأسرة المكلف بالزواج، الذي عليه أن يعلل الموقف الذي اتخذه في هذا الشأن.

ومتى سمح القاضي المختص بزواج من لم يبلغ سن الرشد من الزوجين، أصبح الإذن وثيقة أساسية من الوثائق التي يتضمنها ملف الزواج (المادة 65) تجب الإشارة إليه في رسم الزواج (المادة 67) من طرف العدلين المكلفين بالإشهاد على عقد الزواج وبتوثيقه، وهذه مسألة من المفروض أن يراقبها قاضي التوثيق قبل مخاطبته على العقد.

• زواج من لم يبلغ سن الرشد القانوني بعد الإذن به يكسبه أهلية الزواج كاملة:

- تنص المادة 22 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«يكتسب المتزوجان طبقا للمادة 20 أعلاه، الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

يمكن للمحكمة بطلب من أحد الزوجين أو نائبه الشرعي، أن تحدد التكاليف المالية للزوج المعني وطريقة أدائها».

فهكذا، وطبقا لهذا النص التشريعي، فإن من لم يبلغ سن الرشد القانوني بعد، وأذن قاضي الأسرة له بإبرام عقد الزواج بالكيفية المحددة في المادتين 20 و 21 السالفتين، يصير أهلا لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات الناتجة عن عقد الزواج، وخاصة تلك المنصوص عليها ضمن المادة 51 من مدونة الأسرة. وما اكتسبه الزوج في هذا الصدد من حقوق، تثبت له صفة التقاضي بشأنه.

ورغم خلو مدونة الأحوال الشخصية الملغاة من نص صريح مماثل، فقد سمح المجلس الأعلى للزوجة التي لم تبلغ بعد سن الرشد القانوني بأن ترفع دعوى التطليق على زوجها[80]، على اعتبار أن الطلاق والتطليق لا يكون، إلا نتيجة للزواج، وأنه لا يوجد

---

80 - جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«- إن موضوع الأهلية بالنسبة لعقود الزواج والطلاق يختلف عن باقي العقود والتصرفات القانونية الأخرى، فعقد الزواج وكذلك الطلاق الذي نتج عنه لا يستوجبان بلوغ 21 سنة، فالأهلية في النكاح غير الأهلية في التصرفات المالية، فالفصل 8 من مدونة الأحوال الشخصية نص على أن الأهلية تكمل في الفتى بتمام الثامنة عشرة وفي الفتاة بتمام الخامسة عشرة من العمر، والطلاق أو التطليق يأتي نتيجة لعقد النكاح كما أن الفصل 62 جاء فيه، والتي دون الرشد إذا خولعت وقع الطلاق ولا تلزم ببدل الخلع إلا بموافقة ولي المال ولم نجد أحدا من الفقهاء اشترط في الطلاق والتطليق بلوغ 21 سنة...».

- قرار الغرفة الشرعية الصادر في 26 دجنبر 1989، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 44، ص 108 وما بعدها.

فقه يشترط الأهلية الكاملة لممارستهما.

• هل للزوجة ناقصة الأهلية أن تتوصل شخصيا بصداقها؟

هذه مسألة لم يجب عنها المشرع المغربي بأي وجه من الوجوه. وفي هذه الحالة، لابد من الاستعانة بالقواعد العامة.

فقبل إبرام العقد، وأثناءه، لا حق للزوجة القاصرة بأن تأخذ صداقها، ويأخذه - نيابة عنها - نائبها الشرعي. وتكون يد هذا الأخير يد أمانة عليه، وإن كان له حسب العرف والعادة أن يجهزها منه، مع العلم أن مبلغ الصداق هو ملك خالص للزوجة، حسب مقتضيات المادة 29 من مدونة الأسرة.

بعد إبرام العقد، كل نزاع أو مطالبة تخص الصداق تخضع للمادة 22 من مدونة الأسرة التي تكسب المتزوجين في إطار المادة 20 الأهلية المدنية في ممارسة حق التقاضي في كل ما يتعلق بآثار عقد الزواج من حقوق والتزامات.

بقيت الإشارة إلى أن الزوج مثلا قد لا تكون له موارد مالية أو له موارد مالية غير كافية أو يرتاب بشأنها الطرف الآخر، وفي هذه الحالة على هذا الأخير أو نائبه الشرعي، أن يطلب تحديد التكاليف المالية للزوج المعني بالأمر ومن ذلك مثلا أن يضمن الأب أداءها.

بقي في الأخير أن نبدي تنبيها أساسيا وهو أنه من الصعب قبول زواج بين طفلين لم يبلغا بعد معا سن الرشد القانوني إلا لظروف قاهرة يجب تبريرها بكيفية معقولة، بل وفي نظرنا، فإن الاستثناء هنا لا يستفيد منه، إلا أحد الزوجين، لا غير.

ب - زواج المصاب بإعاقة ذهنية :

يتمثل المعاق في كل مصاب بعجز بدني أو عقلي، ومن ثمة فهو من هذه الناحية ينسحب على المجنون والمعتوه[81]، أي من تعطلت مداركه الذهنية بعجز غير إرادي.

- راجع تعليقنا على هذا القرار، والمنشور بالمجلة المغربية للاقتصاد والقانون المقارن، العدد 18، ص 117 وما بعدها.

81 - يقصد بالإعاقة الذهنية الإصابة بطارئ مستمر أو عارض يؤثر في الملكات الذهنية للشخص، وقد يتخذ صورا لا تقع تحت حصر، لها مصطلحات مختلفة في القاموس الطبي.

وفي المجال القانوني، كثيرا ما نتوقف عند الجنون والعته، مع العلم أن مدونة الأسرة قد خالفت هذا التقليد فتحدثت في المادة 23 عن الإعاقة الذهنية، وفي المواد الخاصة بالأهلية (م من 212 إلى 217) عن العته والجنون وفقدان العقل، ولم تعرف مدونة الأسرة المقصود بالمصطلحات أعلاه، باستثناء المعتوه الذي عرفته

وقد عرفت المادة الثانية من القانون رقم 92–07[82] المتعلق بالرعاية الاجتماعية للمعاقين، المعاق بالكيفية الآتية:

«يعتبر معاقا بمفهوم هذا القانون كل شخص يوجد في حالة عجز أو عرقلة دائمة أو عارضة ناتجة عن نقص أو عدم قدرة تمنعه من أداء وظائفه الحياتية، لا فرق بين من ولد معاقا ومن عرضت له إعاقة بعد ذلك».

وبناء على المادة الثالثة من نفس القانون، تحدد صفة معاق استنادا إلى مقاييس طبية وفنية يصدر بها نص تنظيمي بعد استطلاع رأي أهل الخبرة من ذوي الاختصاص في هذا الشأن.

ومن البديهي أن ميل الذكر إلى الأنثى، وميل الأنثى إلى الذكر، مسألة فطرية وغريزية في الإنسان، لا فرق في ذلك بين عاقل وأحمق. وزواج هذا الأخير قد يؤدي إلى تنظيم فطرته وغريزته ويؤدي حتما إلى خدمته وإلى رعايته، وقد يؤدي إلى شفائه[83] أو على الأقل المساعدة على ذلك.

والمصاب بإعاقة ذهنية قد يكون مجنونا وقد يكون معتوها.

المادة 216 كالتالي:

«المعتوه هو الشخص المصاب بإعاقة ذهنية لا يستطيع معها التحكم في تفكيره وتصرفاته» والعته ينقص الأهلية ولا يعدمها (المادة 213).

أما الجنون فهو عيب من العيوب التي تعدم الإرادة وتجعل الشخص فاقد الإدراك والتمييز كلية، ولذلك فإن كل تصرفاته القانونية تعتبر باطلة (المادة 217)، بما في ذلك عقد الزواج.

وفي قرار لمحكمة النقض المصرية:

«المجنون في فقه الشريعة الإسلامية من أصيب باختلال في العقل يفقده الإدراك تماما، وتكون حالته حالة اضطراب وحكمه أن تصرفاته القولية باطلة كليا، فلا تصح له عبارة أصلا، ولا ينبني عليها أي حكم من الأحكام (نقض 23/6/1981 طعن 57،66 س 49 ق).

وقد اختلف في معنى العته فقال البعض هو نوع من الجنون، لكن الفرق هو أن الجنون يصاحبه الاضطراب والهيجان بأن يضرب ويشتم، أما العته فلا يصاحبه ذلك، بل يكون المعتوه هادئا وإن كان زائل العقل، وقد سبق أن عرف الفقه الإسلامي العته بأنه اختلال في العقل بحيث يخلط كلامه فيشبه مرة كلام العقلاء، ومرة كلام المجانين، وحكمه إن كان له تمييز فهو كالصبي المميز، وإن لم يكن له تمييز فيكون كالمجنون، وأما القانون المدني المصري فلم يأخذ بهذه التفرقة حيث إن المعتوه كالمجنون، عديم التمييز.

82 - دخل إلى حيز التنفيذ بالظهير الشريف بمثابة قانون الصادر في 10 شتمبر 1993.

- الجريدة الرسمية، عدد 4225، 20 أكتوبر 1993، ص. 2041.

83 - انظر للتوسع في الموضوع والوقوف عند مواقف فقهاء الشريعة الإسلامية بشأنه:

- أحمد الأمراني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، دراسة تحليلية مقارنة، شهادة دكتوراه في الدراسات الإسلامية، جامعة المولى إسماعيل، كلية الآداب والعلوم الإسلامية بمكناس، 2008، ص. 66 وما يليها.

أما السفيه فيحجر عليه - في إطا مدونة الأسرة - في تصرفاته المالية لا في زواجه،[84] ومن التصرفات المالية ما يخص الصداق.

وقد سمح المشرع في مدونة الأسرة للمصاب بإعاقة ذهنية[85] بإبرام عقد زواج وفقا لشروط حددها ضمن مقتضيات المادة 23 من مدونة الأسرة والتي صيغت على الوجه الآتي:

- «يأذن قاضي الأسرة المكلف بالزواج بزواج الشخص المصاب بإعاقة ذهنية ذكرا كان أم أنثى، بعد تقديم تقرير حول حالة الإعاقة من طرف طبيب خبير أو أكثر.

*** يُطلع القاضي الطرف الآخر على التقرير وينص على ذلك في محضر.**

يجب أن يكون الطرف الآخر راشدا ويرضى صراحة في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة».

---

84 - والمسألة خلافية في الفقه المالكي. يقول ابن عاصم الغرناطي في التحفة:

فظاهر الرشد يجوز فعله	وفعل ذي السفه رَدٌّ كله
وذاك مروي عن ابن القاسم	من غير تفصيل له ملائم
ومالك يجيز كل ما صدر	بعد البلوغ عنه من غير نظر

وجاء في القوانين الفقهية:

«...فإن تزوج السفيه بغير إذن وليه أمضاه إن كان سدادا وإلا رده. فإن رده قبل البناء فلا صداق وبعد... وقال ابن الماجشون لا شيء لها...».

- ابن جزي، م.س.، ص. 132.

وفي القانون القطري للأسرة ليس للسفيه أن يبرم عقد زواجه إلا بموافقة نائبه الشرعي. جاء في المادة 16:

«لا يأذن القاضي بزواج المحجور عليه لسفه إلا بموافقة نائبه الشرعي، وبعد التأكد من ملاءمة المهر لحالته المادية. فإذا امتنع نائبه الشرعي، طلب القاضي موافقته خلال مدة يحددها له، فإن لم يعترض أو كان اعتراضه غير جدير بالاعتبار زوجه القاضي».

85 - ذلك أن الإصابة البدنية لا تمنع مطلقا من إبرام عقد الزواج.

هذا وقد فسره حكم لمحكمة النقض المصري في 1977/1/5 ، إذ نطق بأن : « العته آفة تصيب العقل فتعيبه وتنقص من كماله، والمرجع في ذلك . وعلى ما أوردته المذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون 119 لسنة 1952 الخاص بأحكام الولاية على المال . وهو خبرة المختصين في الآفات العقلية وشواهد الحال... وفي نسبة العته إلى شخص بعينه تنحصر مهمتها في تمحيص مدى تأثير هذا المرض على أهليته بما لا يمكنه معه أن يستبين وجه المصلحة فيما يبرمه من تصرفات، وفي إدارته لأمواله، وفي فهمه للمسائل المالية الخاصة به» (نقض 5 يناير 1977 طعن 23 س، 44 ق ونقض 28 ماي 1975 طعن 4 س 42 ق).

- علي محي الدين علي القره داغي، « مبدأ الرضا في العقود، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي»، الجزء الأول، دار البشائر الإسلامية للطباعة والنشر، 1985، ص. 369 (الهامش رقم 3)، وبالنسبة لمسطرة التحجير على المجنون والمعتوه، انظر :

- عبد السلام المنصوري، « مسطرة شؤون القاصرين»، طبع إفريقيا الشرق، الدار البيضاء، 1986، ص. 22 وما بعدها.

يستنتج من هذا المقتضى التشريعي، ومن القواعد العامة كذلك أن زواج المعاق بإعاقة ذهنية يتوقف على توافر الشروط الآتية:

* 1 - يجب أن يتم تقديم طلب الإذن بالزواج إلى قاضي الأسرة، لأنه وحده المختص بمنح هذا الإذن، على ما يستفاد من المادة 23 أعلاه.

* 2 - يجب عرض المعني بالأمر على طبيب خبير مختص للتقرير بشأن إعاقته وبشأن أثر زواجه على تلك الإعاقة، وقد يتعدد الخبراء المقرورن بشأن ذلك، مع العلم أنه لا مانع يمنع من اعتماد خبرة تكميلية أو مضادة في الموضوع[86]، متى تطلب الأمر ذلك إما تلقائيا أو بناء على طلب أحد الأطراف من ذوي المصلحة.

* 3 - يطلع القاضي الطرف الآخر في عقد الزواج على التقرير الذي أنجزه الطبيب مع النص على ذلك في تقرير ينجز لهذه الغاية، حتى يكون على بينة كاملة من أمره.

* 4 - يجب أن يكون الطرف الآخر في عقد الزواج راشدا، أي كامل الأهلية بالكيفية المحددة في المادة 19 من مدونة الأسرة.

* 5 - يجب أن يضمن رضاء الطرف الآخر في تعهد رسمي بعقد الزواج مع المصاب بالإعاقة الذهنية، بحيث ليس له فيما بعد أن يتمسك بكونه قد وقع التغرير به أثناء إبرام عقد الزواج.

* 6 - يمنح القاضي للمعاق ذهنيا إذنا بالزواج بعد تحققه من توفر الشروط أعلاه، وبعد ما يقتنع هو نفسه بأن ذلك الزواج في مصلحته، مع العلم أن هذا الإذن كذلك يمثل وثيقة من الوثائق المتطلبة للإشهاد على عقد الزواج وتوثيقه من طرف العدلين.

وبخلاف طلب الإذن بزواج من لم يبلغ سن الرشد القانوني، فإن **المشرع لم يتطرق إلى مسألة الطعن في مقرر الاستجابة أو عدم الاستجابة لطلب الإذن بزواج المعاق ذهنيا**. والقاعدة هنا أن ما لا يمنعه القانون فهو يبيحه، إعمالا للأصل الذي يقضي بذلك، متى كانت للطاعن مصلحة في طعنه، بل وللنيابة العامة أن تمارس ذلك الطعن بالاستناد إلى المادة الثالثة من مدونة الأسرة.

86 - للتمييز بين الخبرة التكميلية والخبرة المضادة، انظر:
- محمد الكشبور، الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، سنة 2000، ص. 107 وما بعدها.

وقد قنّن **المشرع اليمني** نفس القاعدة أعلاه، وإن كان أكثر مراعاة لمصلحة النسل والغير حيث نصت المادة 11 من قانون الأحوال الشخصية باليمن الشقيق على ما يلي:

« 1 - لا يعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا من وليه بعد صدور إذن من القاضي:

2 - لا يأذن القاضي بزواج المجنون أو المعتوه إلا بتوافر الشروط الآتية:

أ - قبول الطرف الآخر التزوج من بعد اطلاعه على حالته.

ب - كون مرضه لا ينتقل منه إلى نسله.

ج - كون زواجه فيه مصلحة له ولا ضرر لغيره.

3 - يتم التثبت من الشرطين الأخيرين المذكورين في الفقرة السابقة من هذه المادة بتقرير من ذوي الاختصاص».

وفي نفس الاتجاه، نصّت المادة 15 من **قانون الأسرة (2006/22) لدولة قطر** على أنه:

«استثناء من أحكام المادة السابقة، لا ينعقد زواج المجنون أو المعتوه إلا بالشروط التالية:

1 - موافقة وليه.

2 - التحقق من رضا الطرف الآخر بالزواج منه بعد اطلاعه على حالته.

3 - التأكد بواسطة لجنة من ذوي الاختصاص من أن مرضه لا ينتقل منه إلى نسله».

المبحث الثاني
المحرمات من النساء وقيود التعدد

تمهيـــد:

أشرنا في البداية، ونحن بصدد الحديث عن النساء اللواتي يمكن للرجل خطبتهن أن منهن محللات له ومحرمات عليه. والأصل أن المرأة من حيث هي امرأة يحل لها أن تكون طرفا في عقد الزواج، إلا أنها قد تحرم على شخص معين - أو أشخاص معينين

بالذات لوجود سبب ما يمنع زواجها منه، بينما هي نفسها قد تحل لشخص آخر غيره. وهذه القاعدة كما تصح بالنسبة للمرأة تصح كذلك بالنسبة للرجل الذي يقصد الزواج من امرأة معينة.

والسبب الذي يمنع الزواج من امرأة معينة بذاتها قد يكون لازما لها لا يفارقها أبدا فتكون الحرمة هنا مؤبدة، وقد يكون ذلك السبب غير لازم لها أبدا بحيث، قد يزول في وقت من الأوقات بزوال سببه، لأنه في هذه الحالة الأخيرة، وصف طارئ ومؤقت، فتكون الحرمة هنا وقتية لا غير، ولذا فقد نصت المادة 35 من مدونة الأسرة على أنه:

« موانع الزواج قسمان، مؤبدة ومؤقتة».

وقد نظم المشرع المغربي موانع الزواج عموما. المؤبدة والمؤقتة. في المواد من 36 إلى 39 من مدونة الأسرة، مع ملاحظة أساسية تتمثل في أن المشرع حشر ضمن أحكام التحريم المؤقت الأحكام الخاصة بالتعدد المنظم بالمواد (من 40 إلى 46 من مدونة الأسرة.

المطلب الأول ـ المحرمات على التأبيد :

تمهيد :

بالرجوع إلى أحكام التشريع المغربي، وخاصة المواد 36 و 37 و 38 من مدونة الأسرة، نجد أن المحرمات على التأبيد كما حددها المشرع المغربي، هن ثلاثة أصناف من النساء :

1 ـ محرمات بسبب النسب أو القرابة.

2 ـ محرمات بسبب المصاهرة.

3 ـ محرمات بسبب الرضاع.

ولقد سكت المشرع المغربي في النصوص أعلاه عن وطء العاقد في العدة أو بعدها واللعان، خلافا لمدونة الأحوال الشخصية الملغاة التي سبق لها أن أشارت إلى هذين السببين من خلال مقتضيات الفصل 25 [87]، وهما سببان للتحريم المؤبد في الفقه المالكي[88] بالكيفية التي سنوضحها بعد حين.

87 ـ ينص الفصل 25 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على ما يلي :

« موانع الزواج قسمان مؤبدة ومؤقتة. فالمؤبدة القرابة والمصاهرة والرضاع ووطء العاقد في العدة ولو بعدها واللعان ...».

88 ـ وهذه الأسباب الخمسة مستمدة من الفقه المالكي، جاء في القوانين الفقهية لابن جزي:

«(الفصل الأول) في المؤبد وأسبابه خمسة: النسب والرضاع والصهر واللعان والوطء في العدة...».

أولا ـ المحرمات من النسب[89] :

1 ـ تحديد المحرمات من النسب :

تنص المادة 36 من مدونة الأسرة على ما يلي :

« المحرمات بالقرابة أصول الرجل وفصوله وفصول أول أصوله وأول فصل من كل أصل وإن علا».

وحكم هذه المادة مأخوذ في جوهره من قوله تعالى:

﴿حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم وأخواتكم وعماتكم وخالاتكم وبنات الأخ وبنات الأخت ﴾[90].

وبالاعتماد على هذه الآية الكريمة، وهي أساس النص التشريعي المغربي، صنف فقهاء الشريعة الإسلامية المحرمات من النسب أو بسبب القرابة إلى أصناف أربعة، هي كالآتي:

أ ـ أصول الرجل من النساء ويبدأ هذا الصنف من الأم، ثم يستمر صاعدا إلى أعلى ليشمل جميع الجدات وبدون استثناء، سواء كن من جهة الأب أو كن من جهة الأم، ومهما علت درجتهن.

ب ـ فروع الرجل من النساء وهو ما عبر عنه النص التشريعي المغربي بالفصول، أي كل من تفرع عنه كبناته وبنات بناته وبنات أبنائه مهما نزلت درجتهن[91].

ج ـ فروع أبوي الرجل من النساء كأخواته وبناتهن مهما نزلت درجتهن، يستوي في ذلك الإخوة والأخوات من جهتين، أي الأشقاء، أو من جهة واحدة، أي الأب أو الأم.

89 ـ يقصد بالنسب القرابة الدموية، وهو موضوع سوف نرجع إليه باعتباره أثرا للزواج في الكتاب الثاني من هذه الدراسة.

90 ـ الآية 23 من سورة النساء.

91 ـ ومن الملاحظ أنه يحرم على الرجل أن يتزوج أمه بنص الكتاب، وهو قوله تعالى:

﴿حرمت عليكم أمهاتكم ﴾ (الآية 23 من سورة النساء) وتحرم عليه جداته من قبل أمه وأبيه بدلالة النص، لأن الله تعالى حرم العمات والخالات وهن أولاد الأجداد والجدات، فكانت الجدات أقرب منهن، فكان تحريمهن تحريما للجدات من باب أولى، كتحريم التأفيف نصا يكون تحريما للشتم والضرب دلالة، وعليه إجماع الأمة.

ـ علاء الدين الكاساني، م.س.، المجلد الثالث، ص. 407.

د- فروع أجداده وجدات الرجل المنفصلات بدرجة واحدة، أي الفروع المباشرة فقط، وهن على وجه التحديد العمات والخالات، سواء أكن عمات وخالات للشخص نفسه أم كن عمات وخالات لأبيه أو لأمه. أما فروعهن وهن بنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والخالات فهن حلال للرجل. ويؤكد هذا التحليل قوله عز وجل في محكم كتابه العزيز:

﴿يا أيها النبي إنا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن وما ملكت يمينك مما أفاء الله عليك وبنات عمك وبنات عماتك وبنات خالك وبنات خالاتك اللاتي هاجرن معك﴾[92].

ومن الملاحظ أن ابن رشد الحفيد قد صنّف المحرمات بسبب النسب مع الشرح بالكيفية الآتية:

«واتفقوا على أن النساء اللائي يحرمن من قبل النسب السبع المذكورات في القرآن: الأمهات والبنات والأخوات والعمات وبنات الأخ وبنات الأخت، واتفقوا على أن الأم ههنا: اسم لكل أنثى لها عليك ولادة من جهة الأم أو من جهة الأب. وبالبنت اسم لكل أنثى لك عليها ولادة من قبل الابن أو من قبل البنت أو مباشرة. وأما الأخت، فهي اسم لكل أنثى شاركتك في أحد أصليك أو مجموعيهما أعني الأب أو الأم أو وكليهما. والعمة اسم لكل أنثى هي أخت لأبيك أو لكل ذكر له عليك ولادة. وأما الخالة، فهي اسم لأخت أمك أو أخت لكل أنثى لها عليك ولادة. وبنات الأخ، اسم لكل أنثى لأخيك عليها ولادة من قبل أمها أو من قبل أبيها مباشرة. وبنات الأخت، اسم لكل أنثى لأختك عليها ولادة مباشرة أو من قبل أمها أو من قبل أبيها...»[93].

2- حكمة تحريم القريبات من النسب :

إن الحكمة من تحريم بعض النساء بسبب النسب لا يحتاج في الواقع من الأمر إلى توضيح، لأنه مما توحي به الفطرة السليمة للإنسان، ذلك أن إلقاء نظرة عابرة على

---

92 - الآية 50 من سورة الأحزاب.

93 - بداية المجتهد، م.س، الجزء الثاني، ص. 24.

وانظر في ذات الاتجاه:

- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج 5، ص. 108.

- ابن تيمية، فتاوى بن تيمية م.س، المجلد 32، ص. 62 وما بعدها.

النساء اللواتي أشرنا إليهن أعلاه، واللواتي يشملهن التحريم، يتضح معه جليا أنهن أقرب القريبات إلى الشخص وألصقهن به. فالإنسان جزء من أمه يتكون في رحمها ويتغذى منها جنينا، ثم طفلا رضيعا. وبنت الشخص قطعة منه لأنها من صلبة. قال رسو الله عليه الصلاة والسلام متحدثا عن بنته فاطمة: «فاطمة بضعة مني[94]»، أي جزء مني. وقد قيل في المثل الشائع إن أولادنا هم أكبادنا تمشي على الأرض.

والأخ والأخت انحدرا من أصل واحد، وهما مرتبطان أشد الارتباط ببعضهما، ويقيمان في بيت واحد وبنات الأخ وبنات الأخت بمنزلة بنت الشخص نفسه، وصلة المرء بعماته وبخالاته كصلته بأبيه وبأمه، وقد ورد في الحديث الشريف: «إنما الخالة أم»[95].

والدين الإسلامي قد أمر بصلة الرحم وحرص أشد الحرص على أن تبقى العلاقات النسبية التي تربط الأقارب بعضهم بالبعض بمنأى عما يعرضها للخصومة والقطيعة. يقول الله تعالى في كتابه العزيز:

﴿واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام﴾[96].

ويضاف إلى ما سبق أن ما تفرضه القرابة من توقير الصغير للكبير واحترامه وطاعته لا تتفق وما يترتب على العلاقات الزوجية من آثار، بل إن الأوضاع ستنقلب رأسا على عقب لو تصورنا شخصا ما وقد تزوج بأمه، أو بعمته أو بخالته، حيث عليهن أن تلتزمن بطاعته.

وأخيرا، لو سمحنا بالزواج بين الأقارب، لطمع الأب في بنته والإبن في أمه أو في أخته والجد في حفيدته، ولأصبحت الأسرة مرتعا للفساد والإفساد وليس أرضا صالحة مخصصة للتربية الحسنة وإعداد النشء[97].

---

94 - أخرجه البخاري ومسلم وأبو داود والترمذي وابن ماجة وأحمد بن حنبل.

95 - أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي والدارمي والإمام مالك في الموطأ.

96 - الآية الأولى من سورة النساء.

ومعنى الآية: اتقوا الله أن تعصوه واتقوا الأرحام أن تقطعوها.

- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج. 5، ص. 2.

97 - انظر للزيادة في الإيضاح حول هذا الموضوع :

- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، 1957، دار الفكر العربي بالقاهرة، 1957 ص. 63 وما بعدها.

- بدران أبو العينين بدران، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، بيروت، لبنان، 1967، ص. 81 وما يليها.

- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص. 164 وما يليها.

ويضاف إلى كل ذلك أن الله سبحانه وتعالى قد أمر وفرض، وعلينا أن نطيع وأن ننفذ ما أمر به.

ثانيا- المحرمات بسبب المصاهرة :

1- تحديد المحرمات بسبب المصاهرة :

تنص المادة 37 من مدونة الأسرة على ما يلي :

« **المحرمات بالمصاهرة أصول الزوجات بمجرد العقد، وفصولهن بشرط الدخول بالأم، وزوجات الآباء وإن علوا وزوجات الأبناء وإن سفلوا بمجرد العقد**».

والأحكام المضمنة في هـذا النص التشريعي مستمدة في مجملها من قول الله تعالى:

أ- ﴿ **ولا تنكحوا ما نكح آباؤكـم من النساء إلا ما قـد سلف إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا** ﴾[98].

ب- ﴿ **وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم** ﴾[99].

ج- ﴿ **وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم** ﴾[100].

فانطلاقا من هذه الآيات البينات الثلاث، صنف الفقهاء المسلمون المحرمات بسبب المصاهرة إلى طوائف أربع، وهن المشار إليهن طبعا في المادة 37 المومأ إليها أعلاه:

أ- أصول الزوجة من النساء، كأمها وجداتها، من جهة الأم أو من جهة الأب في أي درجة كن فيها، سواء بنى الزوج بالزوجة أم عقد عليها فقط ولم يَبْنِ بها بناء شرعا بعدس.

ب - فروع الزوجة – وهن الربائب – التي بنى الزوج بها من النساء، كبناتها

98 - الآية 22 من سورة النساء.
ولعل من أبرز ما قيل في سبب نزول هذه الآية:
«... وقال الأشعث بن سوّار: توفي أبو قيس، وكان من صالحي الأنصار فخطب ابنه قيس امرأة أبيه فقالت: إني أعدك ولدا، ولكني آتي رسول الله صلى الله عليه وسلم أستأمره فأتته فأخبرته، فأنزل الله هذه الآية...».
- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج. 5، ص. 104.
99 - الآية 23 من سورة النساء.
100 - نفس الآية السابقة.

وبنات أبنائها وبنات بناتها مهما نزلن[101]، فإن لم يَبْنِ بها لا تحرم عليه فروعها، ومن ثم استنبط الفقهاء قاعدة تقضي بأن:

«**العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات**».

وتأتي هذه القاعدة نزولا على مقتضى النص القرآني – الآية 23 من سورة النساء – وعلى مقتضى الحديث الذي روي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي ﷺ قال:

«إذا نكح الرجل المرأة فلا يحل له أن يتزوج أمها دخل بالبنت أم لم يدخل وإن تزوج الأم فلم يدخل بها، ثم طلّقها فإن شاء تزوج البنت». (مخرج في الصحيحين).

101 - إن الآية الكريمة تتحدث عن ﴿ ربائبكم اللاتي في حجوركم ﴾. والربائب جمع ربيبة وهي بنت امرأة الرجل من غيره وسميت كذلك لأن الرجل يقوم بتربيتها ورعاية شؤونها عادة ومنها وصفت بكونها في الحجر تبعا للغالب من الأحوال. فالوصف لا أثر له لأنه لا يدل على حلها إن لم تكن في الحجر. والآية نفسها أشارت إلى عدم اعتباره قيدا في التحريم، لأنها تقول بعد ذلك: ﴿ فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ﴾ فاقتصرت في بيان الحكم المقابل للأول على حالة تخلف الدخول ولم تتعرض لكون الربائب في الحجور، ولو كان شرطا لما اكتفى الله عز وجل بنفي الدخول بل لقال ولم يكن في حجوركم...
- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 170.
- بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص 90 و91.
ورغم ذلك، فهنالك من يعارض التحليل، أعلاه انظر في هذا الصدد :
- محمد أبو زهرة، م.س، ص. 76 وما بعدها.
وجاء في التعليق على بدائع الصنائع للكساني:
« هل يشترط في تحريم الربيبة أن تكون في حجر زوج أمها أو لا؛ الربائب جمع ربيبة... من قولهم ربها إذا تولى أمرها، وهي بنت الزوجة من غير الزوج سميت بذلك، لأن زوج أمها في الغالب يتولى أمرها. وقد أجمع المسلمون على القول بأنه يحرم على الرجل أن يتزوج ربيبته إذا كانت في حجره ودخل بأمها، واختلفوا في الربيبة إذا لم تكن في حجره هل تحرم على زوج أمها أو لا تحرم، وسبب الخلاف بينهم هو هل قوله تعالى : ﴿ اللاتي في حجوركم ﴾ وصف له تأثير في الحرمة أو ليس له تأثير، بل هو خرج مخرج الغالب، فمن قال خرج مخرج الغالب لم يشترط، ومن قال هو وصف له تأثير اشترطه في التحريم.
وقد ذهب جمهور العلماء إلى القول بأنه لا يشترط في تحريم الربيبة أن تكون في حجر الزوج، وقالوا: يحرم التزوج بها مطلقا كانت في حجر الزوج أو لا، وإذا تزوج بها كان النكاح فاسدا يجب فسخه مطلقا مادام قد دخل بأمها.
وذهب الظاهرية إلى القول باشتراط الحجر في التحريم، وقالوا للرجل أن يتزوج بها إذا لم تكن في حجره، ولو دخل بأمها، ويكون نكاحه صحيحا...».
- الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، م.س، المجلد الثالث، ص. 417 و418.
وبخصوص سند كل فريق، انظر نفس المرجع، بنفس الموضع.

ولا يثبت التحريم سواء كان عدم الدخول لوفاة أو لطلاق، لعموم قوله تعالى:

﴿فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم﴾.

ونذكر من جديد أن الزوج متى دخل بزوجته، فلا تحل له أبدا بناتها ولا بنات بناتها ولا بنات بنيها وإن سفلن لأنهن بمثابة الربائب، أي كل من لزوجته التي قد دخل بها عليها ولادة، وإن بعدت فهي عليه حرام، وهذا لا خلاف فيه[102].

يقول أحد الفقهاء تبريرا لهذه القاعدة:

«...وإن التفرقة بين الزواج من أم الزوجة وبنتها واضح، لأنه إن طلق البنت قبل الدخول بها، وتزوج أمها ألقى بنيران العداوة في قلب البنت، وليس في نفسها من دواعي الإيثار ما يجعلها تؤثر أمها بذلك الزوج على نفسها، والعرف لا يعاونها عليه، أما الأم فإنها في العادة وبسنة الفطرة تؤثر بنتها على نفسها، وإن وقعت في نفسها الغيرة، فإن مجرى العادة والعرف يطفئها، وفرط محبتها لابنتها يلطفها، وإن حصل دخول بالأم، تكون قد استوفت حظوظ الزواج، وكانت بنتها كبنت الزوج، لا تحل له والعادات ومجاري العرف لا تقرّ هذا الزواج فكان التحريم...»[103].

ومن البديهي أن حكم الله، يجب أن يطاع، وهو في حقيقته لا يحتاج إلى شرح أو تبرير.

ج - زوجات أصول الرجل كزوجة أبيه وزوجات أجداده من جهة الأب أو من جهة الأم مهما علت مرتبتهن، كان هناك بناء بهن أم لم يكن هناك بناء.

د - زوجات فروع الرجل، كزوجة ابنه وزوجات أبناء ابنه وزوجات أبناء بنته تم الدخول بأولئك الزوجات أو لم يتم، إذا كانت الفروع قد تفرعت من صلبه، أما البنوة

102 - ابن رشد الجد، فتاوى ابن رشد، م.س، السفر الثالث، ص. 1356 و1357.
وانظر كذلك:
- البرزلي، م.س، ج 1، ص. 173.
- الونشريسي، م.س، ج. 10، ص. 16.
- المهدي الوزاني، م.س، ج. 9، ص. 79.
103 - أبو زهرة، م.س، ص. 80.
وانظر كذلك بخصوص موقف الفقه الشافعي من المسألة والذي يوافق نظيره المالكي:
- الجويني، ج. 12، م.س، ص. 224.

بالتبني فلا أثر لها في التحريم، لأن الله يتحدث عن الأبناء الذين من صلب الرجل، على ما يتضح من قوله تعالى:

﴿وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم﴾[104].

والحلائل جمع حليلة، وهي الزوجة، أي زوجة الابن الذي من الصلب، حيث يحرم على أبيه التزوج بها. أما إن لم يكن الابن من الصلب، فإن ذلك يجوز[105].

ومع ذلك، فإن التحريم ينصرف أيضا إلى من كانت زوجة للابن من الرضاع، تطبيقا للقاعدة الفقهية التي تقضي بأنه يحرم من الرضاع ما يحرم من المصاهرة، على ما سوف يأتي بيانه، لاحقا.

2 - حكمة التحريم بسبب المصاهرة:

إن رابطة المصاهرة رابطة تقترب كثيرا من رابطة النسب، ذلك أن المرأة متى تزوجت من رجل معين أصبحت فردا من أفراد أسرته، أبوه كأبيها وابنه كابنها، ومثلها في ذلك مثل الرجل الذي بزواجه من امرأة معينة يصبح جزءا من أسرتها، وتصبح أم زوجته كأمه وابنتها كابنته، وهذا ما تعارف عليه الناس من حيث الواقع المعيش قديما وحديثا.

وإذا وجدت مثل هذه الروابط، كان الاختلاط – الذي تفرضه ظروف الأسرة – بين هؤلاء ضروريا، فالابن يخالط زوجة أبيه أو جده والأب يخالط زوجة ابنه والأم لا تستغني عن مخالطة زوج بنتها أو زوج بنت بنتها، وكذلك البنت مع زوج أمها. ولو أبيح لهؤلاء الزواج فيما بينهم لتولد في نفوسهم الطمع في العلاقات الجنسية غير المشروعة كنتيجة حتمية وطبيعية للاختلاط بين الرجال والنساء، ولم يكن ثمة علاج لقطع تلك الأطماع غير سلوك سبيل التحريم المؤبد، وهو ما قرره الله جلت قدرته في كتابه العزيز.

ويضاف إلى كل ما سبق أن تحريم هؤلاء عن بعضهم البعض مانع من وقوع النزاع بين الأقارب والأصهار. فلو أبيح مثلا للرجل أن يتزوج مطلقة ابنه وللابن مطلقة أبيه وللرجل أم مطلقته أو بنتها، وقد تكون لمطلقها رغبة ملحة في إعادتها إليه، لشحنت النفوس بالبغضاء وانقطعت الصلات وحلت العداوة محل المحبة والوئام،

104 - سبق تخريج هذه الآية، ومضمونها أكدته الآية الكريمة الآتية:
105 - ﴿لا يكون على المومنين حرج في أزواج أدعيائهم إذا قضوا منهن وطرا﴾.

والدين الإسلامي حريص كل الحرص على الإبقاء على العلاقات الأسرية سليمة من كل ما يعكر صفوها[106].

3 - هل يثبت التحريم بسبب الزنا؟

قد يزني رجل بامرأة. فهل الزنا يرتب شرعا ما يرتبه عقد الزواج من تحريم بسبب المصاهرة؟

المسألة فيها بعض الخلاف بين الفقهاء، وفيها خلاف حتى داخل المذهب المالكي نفسه.

أ - ترى جماعة من الصحابة ومنهم عمر بن الخطاب وابن مسعود وابن عباس رضي الله عنهم جميعا، بالإضافة إلى جمهور التابعين، أن الزنا تثبت به حرمة المصاهرة. وعليه، فإذا زنى رجل بامرأة حرمت عليه أصولها وفروعها، كما حرمت هي على أصول الزاني وفروعه.

والأحناف والحنابلة[107] على رأي الصحابة والتابعين.

ب - وذهب الإمام الشافعي إلى أن الزنا لا تثبت به حرمة المصاهرة لأن نسبها لم يثبت منه. فعنده - رضي الله عنه - لا تحرم بالزنا أصول وفروع المزنى بها على من زنى بها، كما لا تحرم هي على أصول الزاني بها ولا على فروعه. ففي المذهب الشافعي، لو زنى رجل بامرأة، فإنه لا تحرم عليه أمها أو بنتها لو أراد الزواج بإحداهما.[108]

---

106 - انظر للزيادة في الإيضاح حول هذا الموضوع:
- الإمام أبو زهرة، مرجع سابق، ص 67 وما بعدها.
- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 85 وما بعدها.
- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 179 وما بعدها.

107 - جاء في المقنع:
«ويثبت تحريم المصاهرة بالوطء الحلال والحرام...».
وجاء في الحاشية:
«ويثبت... أما بالوطء الحلال فإجماع، وأما ثبوته بوطء الشبهة فهو الصحيح من المذهب... فإذا زنا بامرأة حرمت على أبيه وابنه وحرمت عليه أمها وابنتها ولو وطء أم امرأته أو بنتها حرمت عليه امرأته نص عليه روى نحو ذلك عن عمران بن حصين وبه قال الحسن وطاوس ومجاهد والشعبي والنخعي والثوري وأصحاب الرأي...».
- م.س، ج. 3 ص. 33.

108 - ففي المذهب الشافعي، فإن الزنا لا يحرم الحلال.
ولا يتعلق التحريم إلا بالنكاح الصحيح.
جاء في كتاب نهاية المطلب في دراية المذهب للجويني الشافعي، ما نصه:

ويرد الكاساني الحنفي على الشافعي بقوله:

«وقال الشافعي: لا تحرم عليه البنت من السفاح، لأن نسبها لم يثبت منه، فلا تكون مضافة إليه شرعا، فلا تدخل تحت نص الإرث والنفقة في قوله تعالى:

﴿ يوصيكم الله في أولادكم ﴾[109].

وفي قوله تعالى:

﴿ وعلى المولود له رزقهن ﴾[110].

كذا همنا، ولأن نقول: بنت الإنسان اسم لأنثى مخلوقة من مائه حقيقة، والكلام فيه فكانت بنته حقيقة، لأن الحقائق لا مرد لها، وهكذا تقول في الإرث والنفقة: إن النسبة الحقيقية ثابتة، إلا أن الشرع اعتبر هناك ثبوت النسب شرعا لجريان الإرث والنفقة لمعنى...»[111].

ج - وبالنسبة للإمام مالك، فقد جاء في الموطأ أن الزنا لا تثبت به حرمة المصاهرة، ويبدو أن الإمام مالك قد تراجع عن ذلك الموقف فيما بعد وساير رأي الجمهور، على ما رواه ابن القاسم في المدونة الكبرى[112]، وإن كان أئمة المذهب

«باب الزنا لا يحرم الحلال.
- فأما القول في الأجناس التي يتعلق تحريم المصاهرة بها، فمنها النكاح، ويتعلق به تحريم أم الزوجة، وتحريم الزوجة على الأب، والإبن، ولا يتعلق التحريم إلا بالنكاح الصحيح.

...

أما الوطء، فإن وقع زنا، وحراما محضا، فلا يتعلق به تحريم المصاهرة عندنا...».
- م.س، الجزء الثاني عشر، ص. 238 وما بعدها.

109 - سورة النساء، الآية 11.

110 - سورة البقرة، الآية 233.

111 - م.س، المجلد الثالث، ص. 409.
وحول موقف الحنابلة الذي ينسجم انسجاما كليا مع مذهب الأحناف، انظر:
- ابن تيمية، فتاوى، م.س، المجلد 32، ص. 142 وما بعدها.

112 - ويوضح ابن رشد الحفيد الخلاف الموجود بين الفقهاء في هذا الصدد بالكيفية الآتية:
«...اختلفوا في الزنا هل يوجب من التحريم في هؤلاء ما يوجب الوطء في نكاح صحيح أو بشبهة؟ أعني الذي يدرأ فيه الحد، فقال الشافعي: الزنا بالمرأة لا يحرم نكاح أمها ولا ابنتها ولا نكاح أبي الزاني ولا ابنه، وقال أبو حنيفة والثوري والأوزاعي: يحرم الزنا ما يحرمه النكاح، أما مالك ففي الموطأ عنه مثل قول الشافعي أنه لا يحرم، وروى عنه ابن القاسم مثل قول أبي حنيفة، وقال سحنون: أصحاب مالك يخالفون ابن القاسم فيما ويذهبون إلى ما في الموطأ، وقد روي عن الليث أن الوطء بشبهة لا يحرم وهو شاذ. وسبب الخلاف الاشتراك في اسم النكاح: أعني في دلالته على المعنى الشرعي واللغوي، فمن راعى الدلالة اللغوية في قوله تعالى: ﴿ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم﴾ قال: يحرم الزنا، ومن راعى الدلالة الشرعية قال: لا يحرم الزنا، ومن علل هذا الحكم بالحرمة

المالكي على ما في الموطأ[112].

وقد عبّر الشيخ خليل عن هذا الخلاف الموجود في المذهب المالكي بقوله:

«... وفي الزنا خلاف...».

وهكذا، فحسب الشيخ خليل، إن مسألة التحريم بسبب الزنا محل خلاف في المذهب المالكي، وإن كان الراجح، حسب الشروح الفقهية المعتمدة عدم نشر الحرمة.

جاء مثلا في حاشية الدسوقي:

«... المعتمد منه عدم نشر الحرمة فيجوز لمن زنى بامرأة أن يتزوج بفروعها وأصولها ولأبيه وابنه أن يتزوجها...»[114]. وهو موقف يتطابق والمذهب الشافعي.

والظاهر أن سبب الخلاف بين الأئمة هنا ينطلق أساسا من المفهوم اللغوي أو الشرعي لفعل نكَحَ المضمن بالآية 22 من سورة النساء، هل يقصد بها الزواج الشرعي أم مجرد الوطء؟

ولم تتطرق مدونة الأحوال الشخصية الملغاة إلى هذه المسألة، وهو نفس التوجه الذي تبنته مدونة الأسرة، ويبقى أن يوجد لها حل في إطار المادة 400 من مدونة الأسرة، أي في إطار الاجتهاد الذي يراعي قيم الإسلام.

ونحن مع رأي الجمهور إذ أن الموقف المعتمد لدى بعض فقهاء المالكية

التي بين الأم والبنت وبين الأب والابن قال: يحرم الزنا أيضا، ومن شبهه بالنسب قال: لا يحرم لإجماع الأكثر على أن النسب لا يلحق بالزنا...».

- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، ص 26.

113 - يقول ابن جزي وهو من كبار فقهاء المالكية أن المشهور هو عدم ترتيب الحرمة على الزنا.

- القوانين الفقهية، مرجع سابق، ص 53.

وجاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير:

«... وفي الزنا خلاف والمعتمد عدم الحرمة». م. س.، ص 252.

وبالنسبة للشيخ محمد عليش:

«... ويجوز لمن زنا بامرأة أن يتزوج بفروعها وأصولها ولأبيه وابنه أن يتزوجها».

م. س، ص 251.

وقد اقترح أثناء مناقشة مشروع مدونة الأحوال الشخصية إضافة نص تشريعي ينص على ما يلي:

«الزنا بالمرأة لا يمنع نكاح أمها ولا إبنتها ولا نكاح أبي الزاني لها ولا ابنها. نعم يعتبر ضررا يبيح للمرأة طلب التعويض».

- عبود رشيد عبود، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 107.

والظاهر أن اللجنة العلمية نفسها لم تكن مقتنعة تمام الاقتناع بالحكم الذي تتضمنه هذه المادة، فتم التغاضي عنها.

114 - م.س. المجلد الثالث ص. 63.

يقود إلى نتائج يأباها المنطق القانوني المجرد، بل وما توصل إليه العلم الحديث كذلك.

بقيت الإشارة إلى أن بعض التشريعات العربية المقارنة قد اتبعت موقف الجمهور أعلاه ورأي ابن القاسم من المالكية، حيث نصت مثلا المادة 22 من قانون الأسرة لدولة قطر على أنه:

«يحرم على الشخص التزوج بفرعه من الزنا وإن نزل...».

وسارت المادة 44 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة في نفس الاتجاه.

4 - هل يثبت التحريم بالنكاح الفاسد؟

القاعدة عند الأحناف أن عقد الزواج الفاسد لا يوجب حرمة المصاهرة إلا بالوطء، أي البناء بالزوجة[115].

وخالف جمهور الفقهاء من مالكية وشافعية وحنابلة الأحناف فيما ذهبوا إليه في هذا الصدد.

فبالنسبة للمالكية بالخصوص، فإن الموضوع يحتاج إلى التفصيل الآتي:

ففي مدونة الأسرة، فعقد الزواج إما صحيح وإما باطل وإما فاسد. وقد سبق لمدونة الأحوال الشخصية أن قسمت عقد الزواج إلى صحيح ومجمع على فساد عقده ومختلف في فساده، طبقا للتقسيم السائد في الفقه المالكي.

وهكذا، وحسب السائد في المذهب المالكي، فالعقد المجمع على فساده - أي الباطل في مدونة الأسرة - لا ينشر حرمة إلا بالوطء. أما العقد المختلف في فساده - أي الفاسد في مدونة الأسرة -، فإنه ينشر حرمة المصاهرة كالصحيح، سواء تم دخول بالمرأة أم لم يتم، باستثناء نكاح الأم على بنتها طبقا لقاعدة أن مجرد العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات[116].

---

115 - الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المجلد الثالث، تحقيق وتعليق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، ص. 424، (الهامش 1).

ومن أجل المقارنة بين المذاهب، انظر :

- محمد مصطفى شلبي، م.س.، ص. 173 وما بعدها.

- أبو زهرة، م.س، ص. 81 و82.

116 - عبد الرحمن الجزيري، م. س، ص 72.

وفي هذا الصدد يقول الشيخ خليل:

«وحرّم العقد وإن فسد وإن لم يجمع عليه وإلا فوطؤه إن درأ الحد»[117].

ويقول ابن جزي:

«...وعلى المذهب تحرم عليه بالوطء واختلف في القبلة والمباشرة وفي العقد دون دخول هل يحرم بها أم لا...»[118].

وأخيرا فإن ما قرره الشيخ خليل، بالإضافة إلى ما قرره ابن جزي، هو الواجب التطبيق تكملة لمدونة الأسرة بالاعتماد على المادة 400 منها.

ثالثا- المحرمات بسبب الرضاع :

1- تحديد المحرمات بسبب الرضاع:

يقول الله تعالى في محكم كتابه العزيز، وهو بصدد تحديد المحرمات من النساء:

﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾[119].

وجاء في الحديث النبوي الشريف الذي روته عائشة رضي الله عنها أنه:

«يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة»[120].

أجمع جمهور الفقهاء على أنه يحرم من الرضاع كل ما يحرم بسبب المصاهرة.

وقد قننت الفقرة الأولى من المادة 38 من مدونة الأسرة هذه الأحكام مقررة أنه:

«يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة».

ويتمثل سندنا في الفقه المالكي الذي تحيل عليه المادة 400 من مدونة الأسرة.

117 - ويشرح الخرشي متن الشيخ خليل على الوجه الآتي:

«...النكاح الفاسد على ضربين: تارة يكون مختلفا في فساده يريد والمذهب قائل بالفساد، وتارة يكون مجمعا على فساده فإن كان مختلفا فيه كمحرم وشغار... ينشر حرمة المصاهرة، كما ينشرها الصحيح، وإن كان مجمعا على فساده فلا يعتبر عقده في انتشار الحرمة وإنما ينشرها الوطء بشرط أن يدرأ الحد عن الواطئ كمن نكح معتدة أو ذات محرم أو رضاع غير عالم...».

- م.س، الجزء الرابع، ص. 207.

118 - ابن جزي، م.س، ص 153.

119 - الآية 23 من سورة النساء.

120 - أخرجه البخاري في باب الترغيب في النكاح ومسلم وأبو داود في باب يحرم من الرضاعة ما يحرم الولادة باب يحرم من الرضاعة ما يحرم من النسب.

يتفق الفقه الإسلامي في عمومه على أن المحرمات بسبب الرضاع أصناف ثمانية؛ تجمع بين أصناف التحريم بسبب النسب، وأصناف التحريم بسبب المصاهرة ويأتي تعدادهن على الوجه الآتي:

أ - الأصول الرضاعية للرجل، ومن أمه التي أرضعته وجداته لأبويه رضاعا، وجداته لكل من أبويه من الرضاع.

ب - الفروع الرضاعية للرجل، ويتمثلن في بنته من الرضاع وبنت ابنه أو بنت ابنته من الرضاع وذرياتهن.

ج - فروع أبوي الرجل من الرضاع وتضم زمرتين: أخواته من الرضاع وبناتهن وبنات إخوته من الرضاع، وذرياتهن مهما نزلن.

وأختك من الرضاع هي كل امرأة أرضعتها أمك أو أرضعتك أمها أو أرضعتك وإياها امرأة واحدة أو ارتضعت أنت وإياها من لبن رجل واحد كرجل له زوجتان لهما منه لبن أرضعتك إحداهما وأرضعتها الأخرى، فهي أختك محرمة عليك[121].

د - فروع أجداد الرجل لكل من أبويه الرضاعيين اللائي ينفصلن عنهم بدرجة واحدة كعمته وخالته من الرضاع، وعمات وخالات أبويه الرضاعيين، أما بنات الأعمام والعمات وبنات الأخوال والخالات، فإن التحريم لا يشملهن مطلقا، تماما كما هو الحال بالنسبة لما رأيناه في قرابة النسب.

هـ - الأصول الرضاعية لزوجة الرجل مهما علون، وهن أمها الرضاعية وجداتها من جهة كل من أبويها الرضاعيين سواء أكان هناك دخول أم لم يكن.

و - الفروع الرضاعية لزوجة الرجل مهما نزلن، وهن بنتها رضاعا وبنات هذه البنت، وبنات ابنها الرضاعي وحفيداتهن، وإن كان يشترط لثبوت التحريم في هذه الحالة أن يكون هناك دخول حقيقي بالزوجة.

ز - من كن زوجات لأصول الرجل من الرضاع وإن علون، وهن من كن زوجات لأبيه الرضاعي أو لأجداده لكل من أبويه الرضاعيين، سواء أتم الدخول بالزوجة أم لم يتم.

ح - من كن زوجات لفروع الرجل من الرضاع وإن سفلوا، ويشملن من كن زوجات لأبنائه أو لأبناء بناته من الرضاع، تم الدخول بالزوجة أو لم يتم.

---

121 - المقنع، م.س، ج. 3 ص. 32.

ومن المعلوم أن التحريم بسبب الرضاع هو تحريم من الزواج فقط، ولا علاقة له بأحكام الإرث ولا بالإنفاق أو الحضانة مثلا.

2- انحصار أثر التحريم بسبب الرضاع في الابن الرضاعي وفروعه:

إذا ما أرضعت امرأة طفلا صارت تلك المرأة أما من الرضاع لذلك الطفل، وصار أبواها أجدادا رضاعيين له من جهة الأم، وإخوتها وأخواتها أخوالا وخالات له من الرضاع، وصار أولادها إخوة له من الرضاع، **كما صار زوجها الذي تسبب في إنزال اللبن الذي رضع منه الطفل أبا رضاعيا له**[122]، وصار أبواه أجدادا رضاعيين له من جهة الأب، وصار إخوته وأخواته أعماما وعمات له من الرضاع، وصار أولاده إخوة له من الرضاع كذلك.

وقد يكون الإخوة من الرضاع أشقاء متى كانوا من جهة الأب والأم الرضاعيين في نفس الوقت، وقد يكونون من جهة الأم الرضاعية وحدها، أو من جهة الأب الرضاعي وحده، وفي كافة الأحوال، فإنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب.

وهكذا، فبعدما أكد المشرع المغربي من خلال الفقرة الأولى من المادة 38 من مدونة الأسرة على أنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة، أضاف في الفقرة الثانية من نفس المادة أنه:

«يعد الطفل الرضيع خاصة - دون إخوته وأخواته - ولدا للمرضعة وزوجها».

وعليه فمدار التحريم في هذا المجال على من رضع وحده.

3- حكمة التحريم بسبب الرضاع:

يوضح الإمام محمد أبو زهرة – رحمة الله عليه – تلك الحكمة قائلا:

«انفردت الشريعة الإسلامية من بين الشرائع السماوية القائمة الآن بجعل

---

122 - والحجة في ذلك حديث عائشة رضي الله عنها وقد قالت إن: «عمها من الرضاعة يسمى أفلح (وهو أخو أبي القعيس زوج مرضعتها) استأذن عليها، حجبته، فقالت: يا رسول الله إن الرجل ليس هو من أرضعني ولكن أرضعتني امرأته، فقال ﷺ: ائذني له فإنه عمك تربت يمينك، فإنه يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب».

- أخرجه البخاري في باب البر والصلة ومسلم في باب تحريم الرضاعة من ماء الفحل.

الرضاع سببا من أسباب التحريم. وإن لذلك أسبابا قوية موجبة لذلك التحريم منها:

أ- إن المرضع التي ترضع الولد إنما تغذيه بجزء من جسمها، فتدخل أجزاؤها في تكوينه. ويكون جزءا منها، وإن الحس والطب يثبتان ذلك، فإن لبنها در من دمها، ينبت لحم الطفل وينشز عظمه؛ وإذا كان الطفل جزءا منها فهي كالأم النسبية، بيد أن هذه غذته بدمها في بطنها، وتلك غذته بلبنها بعد وضعه[123].

ب- وإن المرضع تندمج في الأسرة التي ترضع أحد أولادها، فتكون من آحادها كما يكون الطفل في بيت مرضعته مندمجا في أسرتها، فيكون ذلك التشابك الذي يجعل أسرته أسرتها وأسرتها أسرته أيضا، وإذا كانت العلاقة التي تكون من هذا النوع في النسب موجبة للتحريم في كثير من الأحوال فينبغي أن تكون كذلك في هذه الأحوال.

ج- وهناك فائدة للتحريم بالرضاعة قد ذكرها بعض كتاب الفرنجة المسيحيين الذين أعجبوا بنظام الإسلام في الرضاع للتشجيع على الإرضاع، إحياء للأطفال الذين ليست لهم أمهات يرضعنهم، فإن المرضع إذا علمت أنها في الشريعة أم ولها ما للأم من إجلال وتقديس... فإنها تقدم على الإرضاع من غير غضاضة...»[124].

4- شروط التحريم بسبب الرضاع:

تتعلق هذه الشروط على الخصوص بكمية اللبن الموجب للتحريم، وبالوقت الذي يجب أن يتم الرضاع خلاله.

---

123 - ومما جاء في الجامع لأحكام القرآن:

«... قال أبو نعيم عبيد الله بن هشام الحلبي: سئل مالك عن المرأة أيحج معها أخوها من الرضاعة؟ قال: نعم. قال أبو نعيم: وسئل مالك عن امرأة تزوجت فدخل بها زوجها، ثم جاءت امرأة فزعمت أنها أرضعتهما، قال: يفرق بينهما، وما أخذت من شيء له فهو لها، وما بقي عليه فلا شيء عليه، ثم قال مالك: إن النبي صلى الله عليه وسلم سئل عن مثل هذا فأمر بذلك؛ فقالوا: يا رسول الله إنها امرأة ضعيفة؛ فقال النبي صلى الله عليه وسلم: «أليس يقال إن فلانا تزوج أخته؟...»».

- م.س، ج. 5، ص. 109.

124 - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 82 و83.

انظر للزيادة في الإيضاح حول هذا الموضوع:

- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق، ص 109.

- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 204 وما بعدها.

أ ـ كمية اللبن الموجب للتحريم:

* موقف الفقهاء:

اختلف الفقهاء اختلافا بينا حول مقدار اللبن الموجب للتحريم، وينحصر هذا الخلاف في ثلاثة أقوال رئيسية:

الأول: قليل الرضاع وكثيره سواء، وهو مروي عن علي وابن مسعود وابن عمر، وعلى هذا سار المذهبان المالكي والحنفي، وقول في المذهب الحنبلي.

الثاني: الرضاع لا يثبت به التحريم، إلا إذا وصل إلى ثلاث رضعات، وهذا الحكم أخذ به المذهب الظاهري والمذهب الحنبلي، في قول ثان له.

الثالث: لا يثبت التحريم بسبب الرضـــاع إلا بخمس رضعات، وهذا هو مذهب الإمام الشافعي وابن حزم في المحلى وفي قول ثالث لابن حنبل[125] والمعتمد من ابن القيم، وهو المذهب الذي سبق أن اعتنقته مدونة الأحوال الشخصية الملغاة (الفصل 28).

وسبب الخلاف بين هؤلاء الفقهاء المجتهدين يرجع في الحقيقة إلى معارضة عموم الكتاب للأحاديث الواردة بخصوص التحديد، ومعارضة بعض الأحاديث للبعض الآخر منها[126].

الفريـــق الأول:

ـ استدلال أصحاب المذهب الأول بالكتاب والسنة والقياس:

أما الكتاب، فيتمثل في قوله تعالى:

﴿وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة﴾.

125 - جاء في كتاب المقنع لابن قدامة المقدسي الحنبلي:

«ولا تثبت الحرمة بالرضاع إلا بشرطين: أحدهما أن يرتضع في العامين فلو ارتضع بعدهما بلحظة لم يثبت، والثاني أن يرضع خمس رضعات في ظاهر المذهب، وعنه ثلاث يحرمن وعنه واحدة...».

وقد اتبع المشرع القطري ظاهر المذهب الحنبلي فنص في المادة 23 من قانون الأسرة على ما يلي:

«يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إذا وقع الرضاع في الحولين الأولين، وبلغ خمس رضعات مشبعات متيقنات».

126 - للاطلاع على جانب من هذه الأحاديث، راجع:

ـ محمد أبو زهرة، م.س، ص. 89 وما بعدها.

ـ ابن حزم، م.س، ص. 88 وما بعدها.

فقد ورد قول الله تعالى في هذه الآية مطلقا غير مقيد بقيد معين، ولذلك يترتب التحريم على الرضاع، قليله ككثيره.

أما السنة، فتتمثل في قوله ﷺ:

«يحـرم من الرضاع ما يحرم من النسب»[127].

وهذا الحديث بدوره مطلق، مثله في ذلك مثل الآية الكريمة السابقة.

أما القياس، فقد قاسوا الرضاع على الجماع بجامع أن كلا منهما يحرم. فكما أن الجماع يحرم، سواء تكرر أو لم يتكرر، فكذلك الرضاع، فإنه يترتب عليه التحريم سواء أكان قليلا أم كثيرا.

ونحن نرى أنه لا قياس مع الفارق.

الفريق الثانـــي:

ـ واستدل أصحاب المذهب الثاني بالأحاديث الآتية:

* فعن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال:

«لا تحرم المصة ولا المصتان»[128].

* وعن أم الفضل أن رجلا سأل رسول الله ﷺ قال: أتحرم المصة؟ فقال عليه السلام:

«لا تحرم الرضعة أو الرضعتان أو المصة أو المصتان»[129].

وفـي رواية أخرى عن أم الفضل أنها قالت: دخل أعرابي على نبي الله ﷺ وهو في بيتي فقال: يا نبي الله إني كانت لي امرأة فتزوجت عليها أخرى، فزعمت امرأتي الأولى أنها أرضعت امرأتي الحدثى رضعة أو رضعتين، فقال النبي ﷺ:

«لا تحرم الإملاجة والإملاجتان»[130].

وتدل كل هذه الأحاديث بالمفهوم المخالف لمنطوقها أن ثلاث رضعات أو ثلاث

127 - أخرجه مسلم والأربعة.

128 - أخرجه مسلم باب يحرم من الرضاع ما يحرم من الولادة والنسائي في باب ذكر أمر رسول الله في النكاح وابن ماجه.

129 - رواه مسلم باب حديث أم الفضل بن عباس.

130 - رواه مسلم.

والإملاجة هي الرضعة.

مصات أو ثلاث إملاجات، كما يسميها الرسول الكريم فما فوق هي الموجبة للتحريم، خلافا لما ذهب إليه الفريق الأول والثالث.

الفريق الثالث:

- واستدل أصحاب المذهب الثالث بما يلي:

فعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت:

«وكان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرمن، ثم نسخن بخمس معلومات، فتوفي رسول الله ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن».

(أخرجه مالك في الموطأ وأبو داود في السنن والنسائي في سننه).

ومفاد هذا الحديث أن التحريم بسبب الرضاع قد كان بعشر رضعات أول الأمر ثم نسخ، وأصبح بعد ذلك بخمس رضعات فقط[131]. وهذا الحديث في مجمله نسخ في جزئه الأول نسخ لفظ وحكم، أما جزؤه الثاني فقد نسخ لفظه دون حكمه، وهذا على القول بأنه قرآن. وإذا قلنا بأنه ليس قرآنا، فهو على الأقل سنة، والسنة يحتج بها لأنها من باب الوحي[132].

•موقف مدونة الأسرة:

سبق للمشرع المغربي في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة أن اتبع المذهب الشافعي والراجح في المذهب الحنبلي ورأي ابن حزم الظاهري (الفصل 28). وقد

---

131 - يقول ابن حزم معبرا عن هذا الموقف ما يلي:

«لا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات، تقطع كل رضعة من الأخرى - أو خمس مصات مفترقات كذلك - أو خمس ما بين مصة ورضعة، تقطع كل واحدة من الأخرى - هذا إذا كانت المصة تغني شيئا من دفع الجوع، وإلا فليست شيئا ولا تحرم شيئا».

- م.س، ص. 88، رقم المسألة 1872.

132 - للزيادة في الإيضاح حول هذا الجدل الفقهي، انظر بالخصوص:

- ابن رشيد الحفيد، مرجع سابق، ص 27.

- محمود محمد الطنطاوي، الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، 1979، مطبعة السعادة (م.ط.غ.م) ص 105 وما بعدها.

- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 174 وما بعدها.

وانظر من أجل التوسع:

- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج. الخامس، ص. 105 وما بعدها.

رجع حاليا إلى المذهب المالكي، حيث إن المادة 38 من مدونة الأسرة تتحدث عن مجرد الرضاع كسبب للتحريم[133]، دون ربطه بعدد محدد من الرضعات، مع العلم أن النص الملغى كان أكثر توسعة على الناس[134]، ما دام أنه يضيق من مجال التحريم بسبب الرضاع.

والحكم الذي تخلى عنه المشرع المغربي هو الذي أخذ به المشرع القطري فيما بعد في قانون الأسرة الصادر في 29 يونيو 2006 وقد نص في المادة 23 :

«يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إذا وقع الرضاع في الحولين الأولين، وبلغ خمس رضعات مشبعات متيقنات».

ب- الوقت الذي يحرم فيه الرضاع:

يجمع جمهور الفقهاء على أن التحريم لا يكون له محل، إلا إذا تم الرضاع في الحولين الأولين من عمر الطفل، وهي المدة التي أشار إليها الله عز وجل في محكم كتابه العزيز:

﴿ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة ﴾[135].

وهي المدة المستفادة كذلك من قوله تعالى:

﴿ وفصاله في عامين ﴾[136].

ذلك أن الرضيع في الحولين الأولين من عمره يكون صغيرا يكفيه اللبن وحده في تغذيته وبالتالي تكوين جسمه.

وبالإضافة إلى ما سبق، فقد روي عن رسول الله ﷺ أنه قال:

---

133 - جاء في هذه المادة:

«يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب والمصاهرة

يعد الطفل الرضيع خاصة، دون إخوته وأخواته، ولدا للمرضعة وزوجها.

لا يمنع الرضاع من الزواج، إلا إذا حصل داخل الحولين قبل الفطام».

134 - جاء في البند 3 من الفصل 28 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، ما نصه:

«3- لا يمنع الرضاع من الزواج إلا إذا حصل في الحولين الأولين خمس مرات يقينا والرضعة لا تحسب، إلا إذا عدت في العرف رضعة كاملة».

135 - الآية 231 من سورة البقرة.

136 - الآية 13 من سورة لقمان.

«لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق الأمعاء، وكان قبل الفطام»[137].

وأخيرا، فقد جاء في الفقرة الثالثة من المادة 38 من مدونة الأسرة أنه:

«لا يمنع الرضاع من الزواج، إلا إذا حصل داخل الحولين الأولين قبل الفطام»، مع العلم أن الفقه المالكي يتجاوز الحولين أحيانا بالشهور الثلاثة. يقول ابن جزي الغرناطي:

«إنما تقع الحرمة بسبعة شروط...

الثاني: أن يرضع الصغير في الحولين وما قاربهما كالشهرين بعدهما وقيل الثلاثة وقيل شهر وإن فطم قبل الحولين واستغنى عن الرضاع لم يحرم رضاعه»[138].

5- إثبات الرضاع:

سكتت مدونة الأسرة عن الكيفية التي يثبت بها الرضاع عندما يثار نزاع بشأنه، وفي الفقه الإسلامي عموما يثبت الرضاع بالبينة الشرعية وبالإقرار، ما دام أن الأمر يتعلق بواقعة مادية ترتب آثارا قانونية من التحريم الناتج عن الرضاع.

أ- إثبات الرضاع بالبينة:

المقصود بالبينة هنا شهادة الشهود التي تثبت واقعة الرضاع.

اتفق الفقهاء على إثبات الرضاع بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين من المتصفين بالعدالة طبقا للقواعد العامة التي تحكم الشهادة في الشريعة الإسلامية. ولا يثبت الرضاع في المذهب الحنفي إلا طبقا لهذا النصاب وحده[139].

ويجيز الشافعية الحكم بثبوت الرضاع المحرم بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو أربع نسوة حسب الأحوال. وقد قبل الشافعية شهادة أربع نسوة في مجال الرضاع المحرم لأنهن يطلعن على الرضاع أكثر مما يطلع الرجال عليه في العادة[140].

ويطابق المذهب الحنبلي نظيره الشافعي بهذا الخصوص، وإن كان فيه من

137 - أخرجه الترمذي في سننه في باب ما جاء أن الرضاعة لا تحرم.

138 - م.س، ص. 138.

139 - السرخسي، المبسوط، م.س، الجزء الخامس، ص. 135.

- ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، ص. 29 وما بعدها.

140 - الشافعي، كتاب الأم، الجزء الخامس، ص. 34.

- الشيرازي، المهذب، الجزء الثاني، ص. 334.

يقول بشهادة امرأة واحدة مرضية، خلافا لإمام المذهب الذي لا يقبل أقل من شهادة امرأتين[141].

ويثبت الرضاع عند المالكية بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين. وتقبل عندهم شهادة امرأتين إذا كان الرضاع فاشيا - أي منتشرا أمره بين الناس - وتقدمتا بالشهادة قبل عقد الزواج حتى لا تكون تلك الشهادة محل تهمة. وفي هذا الصدد، يقول ابن عاصم الغرناطي:

ويفسخ النكاح بالعدلين   بصحة الإرضاع شاهدين

وباثنتين إن يكن قولهما   من قبل عقد قد فشا وعلما

ورجل وامرأة كذا وفي   واحدة خلف وفي الأولى اقتفى[142]

وقد أجاز اللخمي وهو من المالكية شهادة أربع نسوة في الرضاع، وقد وافقه على ذلك القاضي ابن رحال المعداني[143].

141 - ابن قدامة، المغني، م.س، الجزء الثامن، ص. 152.

جاء في المقنع:

«وإذا شك في الرضاع أو عدده بنى على اليقين وإن شهد به امرأة مرضية ثبت بشهادتها...».

ونقرأ في الحاشية:

«... هذا المذهب وهو من مفرداته، وبه قال طاوس والزهري والأوزاعي وابن أبي ذئب وسعيد بن عبد العزيز، وعن أحمد لا يقبل، إلا بشهادة امرأتين، وهو قول الحكم، لأن الرجال أكمل من النساء ولا يقبل، إلا بشهادة رجلين فالنساء أولى، وقال عطاء والشافعي، لا يقبل من النساء أقل من أربع، لأن كل امرأتين كرجل، وقال أصحاب الرأي لا يقبل فيه إلا رجلان أو رجل وامرأتان وروي ذلك عن عمر لقوله تعالى:

﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان...﴾.

142 - انظر حول الشرح:

- ميارة الفاسي، الجزء الأول، م.س، ص. 198.

- التسولي، الجزء الأول، م.س، ص. 311.

ويقول الشيخ خليل في هذا الصدد:

«ويثبت برجل وامرأة وبامرأتين إن فشا قبل العقد وهل تشترط العدالة مع الفشو تردد وبرجلين لا بامرأة ولو فشا...».

وانظر حول شرح هذا النص:

- الأبي الأزهري، م.س، الجزء الأول، ص. 401.

- الدسوقي، حاشية الدسوقي، المجلد الثالث، ص. 475 و476.

143 - الحسن بن رحال، فتح الفتاح شرح مختصر خليل، مخطوط، خزانة القرويين، رقم 2012، المجلد الثاني، ص. 110 ظ.

ولمزيد من التوسع انظر:

- عبد المجيد الكتاني، أحكام البيوع من خلال تبصرة اللخمي، دراسة وتحقيق، أطروحة جامعية لنيل الدكتوراه في الشريعة، برسم السنة الجامعية 2004-2005، جامعة القرويين، كلية الشريعة بفاس، الجزء الثاني، ص.

ب - إثبات الرضاع بالإقرار:

الإقرار بالرضاع قد يصدر عن الزوجين معا، وفي هذه الحالة يجب عليهما أن يفترقا لبطلان زواجهما، ولا صداق فيه للزوجة قبل الدخول، ولها الصداق المسمى بعده.

إذا أقر الزوج وحده بالرضاع وكذبته الزوجة في إقراره وجب الاعتماد على هذا الإقرار للحكم بالحرمة المؤبدة بينهما، وبالتالي وجوب فسخ عقد الزواج، ولها نصف الصداق قبل الدخول والصداق بالكامل بعده، لأن الإقرار هنا حجة قاصرة على الزوج وحده، ومن ثمة تكون الزوجة في هذه الحالة في حكم المطلقة، حسب المعتمد عند فقهاء المذهب المالكي؛

وإذا أقرت المرأة بالرضاع وكذبها زوجها، فإنه لا يلتفت إلى هذا الإقرار، لأنها متهمة فيه لاحتمال أن تكون قد فعلت ذلك لكي تتخلص من زوجية لم تعد ترغب فيها، بخلاف إقرار الزوج فهو غير متهم فيه، لأنه يملك من الناحية الشرعية التخلص من الزوجة بواسطة الطلاق، دون اضطراره لسلوك سبيل الإقرار بالرضاع، جاء في تحفة ابن عاصم:

فإن أقر الزوج بالرضاع ... فهو إلى فسخ النكاح داعي

ويلزم الصداق بالبناء ... ونصفه من قبل الابتناء

كذلك بالإقرار منهما معا ... لا باعتراف زوجة إن وقعا[144]

---

136 وما بعدها.

144 - وانظر حول الشرح:

- ميارة الفاسي، م.س، بنفس الموضع.

- التسولي، م.س، بنفس الموضع.

ويقول الشيخ خليل:

"وفسخ نكاح المتصادقين عليه كقيام بينة على إقرار أحدهما قبل العقد ولها المسمى بالدخول، إلا أن تعلم فقط فكالغارة وإن ادعاه فأنكرت أخذ بإقراره ولها النصف وإن ادعته، فأنكر لم يندفع ولا تقدر على طلب المهر قبله وإقرار الأبوين مقبول قبل النكاح لا بعده".

وانظر حول شرح هذا النص:

- الآبي الأزهري، م.س، بنفس الموضع، ص. 401.

- الدسوقي، م.س، بنفس الموضع.

وحول التنازع بين شهادة السماع وما يعارضها بين وشهادة السماع وشهادة العدول، والشهادة والإقرار في مجال الرضاع انظر:

- عيسى بن علي الحسني العلمي، كتاب النوازل، الجزء الأول، طبع وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، مطبعة فضالة، 1983، ص. 20 وما بعدها.

وتجب ملاحظة أساسية، وهي أن التحريم بسبب الرضاع ظاهرة آخذة في التراجع تحت ضغط الواقع الاجتماعي المستجد الذي تعرفه المملكة المغربية، بل وغيرها من البلدان الإسلامية الأخرى لأسباب بديهية لا مجال لإضاعة الوقت في الخوض فيها.

رابعا- وطء العاقد في العدة أو بعدها وحالة نكاح المستبرأة:

لم تقنن مدونة الأسرة قاعدة التحريم في هذه الحالة، خلافا لمدونة الأحوال الشخصية الملغاة، غير أنها قد أحالت فيما لا نص فيه على الفقه المالكي، وفي هذا الفقه الأخير، ينتج عن وطء العاقد في العدة أو بعدها تحريم مؤبد بين الطرفين بالشكل الآتي:

1- وطء العاقد في العدة أوبعدها:

القاعدة في الشريعة الإسلامية أن المرأة التي فارقها زوجها نتيجة طلاق أو فسخ أو موت يجب عليها أن تعتد منه، ولا يحل مطلقا لرجل آخر أن يعقد عليها من جديد وهي في عدتها، وإلا عد عقد الزواج المبرم في هذه الحالة باطلا بطلانا مطلقا ووجب عليه أن يفارقها حالا، رضاء وإلا فجبرا عن طريق القضاء. وبالإضافة إلى ما سبق، فإذا دخل بها فهي تحرم عليه حرمة مؤبدة في الفقه المالكي، ويصار إلى نفس الحكم أيضا متى عقد عليها في العدة ولم يدخل بها إلا بعد انتهائها، فإذا لم يدخل بها فالراجح في المذهب عدم تأبيد التحريم بينهما[145].

---

145 - والظاهر أن موقف الإمام مالك مبني على القاعدة الفقهية التي تقرر أن: "من استعجل شيئا قبل أوانه عوقب بحرمانه منه" وهي قاعدة فقهية مبنية على سد الذرائع.

والذريعة في اللغة ما كان وسيلة وطريقا إلى الشيء (ابن منظور، لسان العرب 9/8).

وفي اصطلاح علماء الفقه، يراد بها المسألة التي يكون ظاهرها الإباحة، ويتوصل بها إلى المحظور (الباجي، إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق عبد الله الجبوري، مؤسسة الرسالة، ص 567).

والذريعة التي ينبغي سدها هي التي تفضي إلى المفسدة وإلى الحرام. وبالإضافة إلى ذلك فعن سعيد ابن المسيب وسليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرق بين طليحة الأسدية وبين زوجها راشد الثقفي لما تزوجها في العدة من زوج ثان، وقال أيما امرأة نكحت في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما، ثم تعتد بقية عدتها من الأول ثم كان الآخر خاطبا، وإن كان دخل بها فرق بينهما ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبدا (أخرجه مالك في الموطأ). ومن أجل التوسع:

- محمد فتح الله السطيري، قاعدة الضرر يزال، وعلاقتها بالمسؤولية الجنائية من منظور شرعي وقانوني، أطروحة ☜

فالتحريم في الحالة التي نحن بصددها يدور مع الوطء وجودا وعدما.

وهكذا، فقد ورد في بداية المجتهد ونهاية المقتصد تعليقا على هذه المسألة ما يلي:

«واتفقوا على أن النكاح لا يجوز في العدة كانت عدة حيض أو عدة حمل أو عدة أشهر. واختلفوا فيمن تزوج امرأة في عدتها ودخل بها، فقال مالك والأوزاعي والليث: يفرق بينهما ولا تحل له أبدا. وقال أبو حنيفة والشافعي والثوري: يفرق بينهما، وإذا انقضت العدة بينهما فلا بأس في تزويجه إياها مرة ثانية. وسبب اختلافهم هل قول الصحابة حجة أو ليس بحجة؟ وذلك أن مالكا روى عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب وسليمان بن يسار أن عمر بن الخطاب فرق بين طليحة الأسدية وبين زوجها راشد الثقفي لما تزوجها في العدة من زوج ثان وقال: أيما امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول ثم كان الآخر خاطبا من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما، ثم اعتدت بقية عدتها من الأول، ثم اعتدت من الآخر، ثم لا يجتمعان أبدا. قال سعيد ولها مهرها بما استحل منها. وربما عضدوا هذا القياس بقياس شبه ضعيف مختلف في أصله، وهو أنه أدخل في النسب بشبهة فأشبه بالملاعن وروي عن علي وابن

لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص نوقشت بكلية الحقوق بالمحمدية، 2001، ص 25 وما بعدها.

وجاء في قرار للمجلس الأعلى:

«لكن حيث إنه على عكس ما في الوسيلة فإن ما عللت به المحكمة من فسخ النكاح وإبطاله وإبطال جميع الآثار المترتبة عليه بين الزوجين المذكورين لفساده شرعا لكون الزوجة الطاعنة كانت حاملا من سبعة أشهر وقت عقد النكاح عليها، وكانت عالمة بحملها وأخفته على زوجها الذي تمسك بإنكاره له وعدم علمه به هو صواب في محله وما يؤكد فساد النكاح المذكور وإبطاله شرعا اعتراف الزوجة المذكورة في جميع مراحل النزاع بأنها كانت عالمة بحملها وقت العقد وأن المدعي كان يتصل بها جنسيا قبل عقد النكاح عليها وهو الذي أحبلها وأكدته كذلك بالنفيف التي أدلت بها تحت عدد... وصحيفة... وتاريخ... الشيء الذي كان ما عللت به صوابا في محله لموافقته للقواعد الفقهية والقانونية المعمول بها في النازلة والتي أشارت إليها المحكمة في حكمها بقول خليل:

وتأبد تحريمها بوطء وإن بشبهة.

ولقول ابن عاصم رحمه الله في تحفته:

وما فساده يخص عقده ... ففسخه قبل البناء وبعده...»

- قرار 29 شتنبر 1987، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 41، ص 135 وما بعدها.

راجع بخصوص فتوى توضح الموضوع وتؤصله:

- المهدي الوزاني: م.س، الجزء الثالث، ص. 262 وما بعدها.

وكذلك:

- الونشريسي: م.س، الجزء الثالث، ص. 199.

مسعود مخالفة عمر في هذا، والأصل أنها لا تحرم إلا أن يقوم على ذلك دليل من كتاب أو سنة أو إجماع»[146].

ويتوسع الفقه المالكي في الوطء - سواء تعلق الأمر بالعدة أو بالاستبراء - بحيث يكتفي بمقدماته فحسب.

وإن هذا الحكم الاجتهادي الذي أخذ به الإمام مالك بناء على حكم أصدره عمر بن الخطاب والذي قننه المشرع المغربي في الفصل 25 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة[147]، لا نظير له في المذاهب السنية الأخرى، والتي ترى أنه لا سند له لا في الكتاب ولا في السنة ولا في الإجماع، وهو ما أكده ابن رشد الحفيد أعلاه، وهو فقيه مالكي، كما نعلم.

بقيت الإشارة إلى أن هذا الحكم لا يطبق - حسب السائد في الفقه المالكي - بشأن من طلّق زوجته ثلاثا، ثم تزوجها ودخل بها في عدتها منه «لأن منعه ما كان لأجل العدة، بل حتى تنكح زوجا غيره»[148]، ومن ثمة نقرر أنه لا قياس مع الفارق بهذا الخصوص.

ومن الملاحظ أخيرا أنه - باستثناء المادة 31 من مدونة الأحوال الشخصية الموريتانية -، لم يأخذ أي قانون عربي بقاعدة التحريم أعلاه، مع العلم أن جمهورية موريتانيا مالكية المذهب.

2- حالة الزواج أثناء الاستبراء[149]:

القاعدة أن الرابطة الزوجية تنتهي بالوفاة أو بالطلاق. وفي الحالتين معا يجب على الزوجة أن تعتد.

غير أن المرأة قد تزني أو تغتصب أو توطأ بشبهة. وفي هذه الحالة - وحسب السائد في الفقه المالكي - يجب على هذه المرأة أن تستبرأ. والاستبراء عند المالكية يقوم بوظيفة العدة. وحسب ابن قدامة الفقيه الحنبلي:

---

146 - م.س، ص 35.

147 - (115) مع العلم أنه لا مقابل للفصل 25 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة في مدونة الأسرة الحالية.

148 - الخرشي، م.س، ج. 4، ص. 133.

149 - الاستبراء معناه طلب براءة المرأة من الحمل.

انظر ابن منظور، لسان العرب، م.س، المجلد الأول، ص. 254.

«الغرض بالاستبراء معرفة براءة رحمها»[150].

وإذا كان من المتفق عليه في المذهب المالكي أنه لا يصح الزواج بمعتدة الغير بسبب الوفاة أو الطلاق، وأنه إن أبرم هذا الزواج وأعقبه دخول سواء أثناء العدة أو بعد انتهائها انتشرت حرمة مؤبدة بين الطرفين المتزوجين، ثمة سؤال:

هل الزواج أثناء الاستبراء نتيجة وطء محرم يترتب عليه نفس الآثار التي تترتب على الزواج في العدة؟

هناك خلاف في الفقه المالكي، يقول الحطاب في كتاب مواهب الجليل، وهو بصدد شرح متن الشيخ خليل عندما يقول: «كمستبرأة من زنا وتأبد تحريمها بوطء وإن بشبهة ولو بعدها وبمقدمته فيها».

«من زنا بامرأة ثم تزوجها قبل الاستبراء فالنكاح يفسخ أبدا وليس فيه طلاق ولا ميراث ولا عدة وفاة والولد بعد عقد النكاح لاحق فيما حملت به بعد حيضة إن أتت به لستة أشهر من يوم نكاحها وما كان قبل حيضة فهو من الزنا لا يلحق به.

هل يتأبد تحريمها عليه؟ أما إن كانت مستبرأة من زنا غيره ففيه قولان، والقول بالتأبيد لمالك وبه أخذ مطرف وجزم به في الشامل[151]، وهو الذي يؤخذ من كلام المصنف، والقول بعدم التأبيد لابن القاسم وابن الماجشون. وأما إن كانت مستبرأة من زناه فذكر ابن رشد في الأجوبة أنها لا تحرم ويصح نكاحها بعد الاستبراء...»[152].

والخلاف ذاته أكده محمد البناني في هامشه على شرح الزرقاني على مختصر خليل[153]، وهو خلاف ظهر صداه في أحد القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية بالمجلس الأعلى[154].

150 - المقنع، م.س، ص. 293.

151 - الشامل، كتاب للشيخ بهرام على مشاكلة مختصر خليل، وقد قام بشرح الشامل القاضي علي بن عبد السلام التسولي صاحب البهجة وهذا الشرح لا زال مخطوطا لحد الساعة.

152 - م.س، ص 145.

153 - م.س، الجزء الثالث، ص. 306 وما بعدها.

154 - جاء في قرار للمجلس الأعلى:

"حيث ثبت مما ذكر أن العقد كان على المدعية وهي في حالة استبراء، فقد سئل الإمام المزيري عمن زنا بامرأة ثم تزوجها في الاستبراء هل يلحق به الولد؟ وهل يتأبد عليه التحريم أم لا؟ فأجاب، قال في النوادر: إذا زنى الرجل بامرأة ثم تزوجها فنكاحها مفسوخ أبدا، لا طلاق فيه ولا ميراث والولد لاحق به إن حملت به بعد حيضة وأتت به لستة أشهر وإلا فولد زنى لا يلحق به. وقال ابن رشد: لا يتأبد عليه التحريم نقله العلامة سيدي المهدي الوزاني في نوازل الخلع والعدة من الجزء الثاني، كما سئل أبو العباس أحمد البعل عن امرأة توفي زوجها فاعتدت لعدة الوفاة، ثم تزوجت وبنى بها الزوج وأتت بولد لدون ستة أشهر فاستفتى الزوج بعض طلبة الوقت فأخبروه بما وقفت عليه من كلام العلماء من مشهور وغيره، حسبما ذكره القلشاني وغيره، فلما وقف على الأقوال جميعا اختار في خاصة نفسه القول بعدم تحريمها عليه، فهل يجوز له ارتكاب هذا القول مع تعيين المشهور؟ فأجاب: لا يجوز ارتكاب القول الضعيف مع وجود الأقوى، نص عليه ابن محرز في تبصرته، وقيل لا يكون تحريمها عليه مؤبدا وقد حكم به أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه بمحضر الصحابة، ولم ينكروا وهو إجماع سكوتي نقله سيدي المهدي الوزاني في الجزء الرابع من نوازله، صحيفة 290، وبهذا يكون الحكم المطعون فيه معللا تعليلا سليما...".

- قرار شرعي صادر بتاريخ 22 أكتوبر 1991، منشور ضمن قرارات المجلس الأعلى الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية 1962-1995، ص. 145 وما بعدها.

ويقول محمد عرفة الدسوقي في حاشيته على الشرح الكبير:

«(قوله المستبرأة من غيره) أي سواء كانت هذه المستبرأة حاملا أو غير حامل وسواء كان استبراؤها من غيره بسبب زنا ذلك أو اغتصابه لها. إن كانت مستبرأة من زنا غيره أو اغتصابه هو، فلا يتأبد تحريمها عليه بذلك كما في خش (والمقصود الخرشي) وما ذكر من تأبيد التحريم بوطء المحبوسة من زنا غيره أو اغتصابه هو قول مالك ومطرف وهو ظاهر والقول بعدم تأبيد التحريم لابن القاسم وابن الماجشون»[155].

ويقول الخرشي، وهو بصدد شرح «لا يعقد أو يزنى» من متن الشيخ خليل، ما يلي:

«...والمعنى أن العقد إذا وقع في العدة أو في زمن الاستبراء، ثم فارقها قبل الوطء ومقدماته، فإنه لا يتأبد تحريمها عليه إذا زنى بامرأة في عدتها أو استبرائها، فله تزوجها بعد تمام ما هي فيه...»[156].

ونستخلص من الأقوال أعلاه ما يلي:

أ - إن من زنا بامرأة ثم تزوجها قبل أو أثناء استبرائها، دخل بها أو لم يدخل، فالزواج منفسخ أبدا، وهذا الزواج لا ينشر التحريم بين الزوجين.

ب - إن العقد على من زنا بها الغير قبل أو أثناء استبرائها يفسخ قبل الدخول، وإن تم دخول بها في هذه الحالة فمسألة الحرمة المؤبدة فيها خلاف.

والظاهر أن المشرع المغربي وقد أشار من خلال الفصل 25 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، أن وطء العاقد في العدة أو بعدها يرتب حرمة مؤبدة بين الطرفين،

155 - م.س، ص 219.

156 - م.س، الجزء الرابع، ص. 132.

يكون قد استبعد ضمنيا التحريم المؤبد في حالة الزواج بالزانية والمغتصبة ولو تم وطؤها[157].

ومع إلغاء الفصل 25 من مدونة الأحوال الشخصية، دون تعويضه بنص مماثل له، يمكن اعتماد رأي ابن القاسم الذي يقول بعدم التأبيد لأنه يمثل الراجح عند المالكية، ولأن التحريم بسبب العقد والوطء في العدة مسألة جد استثنائية، والاستثناء لا يقاس عليه مطلقا.

بقيت الإشارة إلى أن هذا المشكل غير مطروح في المذاهب السنية الأخرى، التي لا ترى التحريم أصلا بالنسبة لوطء العاقد في العدة وبالنسبة للزواج في فترة الاستبراء.

خامسا- اللعان :

لم يسكت المشرع المغربي عن حكم واقعة وطء العاقد في العدة أو بعدها فقط، وإنما سكت كذلك عن اللعان كسبب للتحريم المؤبد بين المتلاعنين في مدونة الأسرة والذي سبق أن اعتبره كذلك من خلال الفصل 25 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

وفي الفقه المالكي عموما، فإن اللعان إذا ما تم بين الزوجين بالكيفية المحددة في الآيات 6 و7 و8 و9 من سورة النور، ترتبت عليه العديد من الآثار القانونية، منها المجمع عليها ومنها المختلف فيها.

---

157 - وهو الذي جرى به العمل حاليا في المغرب، يقول الفقيه عبد الله الهبطي:

والاستبراء قبل من الزنا	كعدة الطلاق في ملتنا
فمن زنا بامرأة وعقدا	من قبل الاستبراء عليها فسدا
نكاح سيبعد الفراق	وإن بنى فيجب الصداق
لكن إذا مضى استبراؤها	أحل له نكاحها وردها
بعكس من تزوجت في العدة	وقد بنى بها فهي بته
تحريمها قطعا على الدوام	عند المحققين في الأحكام

ويقول الدردير:

"...وتأبد تحريمها بوطء نكاح ولو بعدها أو مقدمته أو وطء بشبهة فيهما بوطء ملك أو بشبهته فيهما إن كانت العدة أو الاستبراء من غيره وإلا فلا...".

- متن أقرب المسالك في الفقه على مذهب الإمام مالك، مكتبة ومطبعة المشهد الحسيني، القاهرة، (د.ت.ط) ص 85.

ولعل من أهم هذه الآثار أن اللعان يؤدي بعد إجرائه مباشرة إلى التفريق بين الزوجين المتلاعنين.

وقد اختلف الفقه الإسلامي حول طبيعة هذه الفرقة، وهل هي طلاق أم فسخ. فمن رأى هذه الفرقة طلاقا رتب عليها تحريما مؤقتا، ومن اعتبرها فسخا رتب عليها تحريما مؤبدا.

وينسب الرأي الأول لأبي حنيفة، بينما ينسب الرأي الثاني لباقي جمهور الفقهاء، وعلى رأسهم المالكية، والذين يعتمدون في موقفهم على الحديث الذي رواه الدارقطني:

«المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدا».

وقد اعتمدت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة رأي المالكية في هذا الصدد عندما قررت من خلال الفصل 25 منها أن اللعان من الموانع المؤبدة للزواج، وهو ما أشار إليه ابن عاصم الغرناطي في تحفته:

«ويحرم العود إلى طول الأبد».

ولنا عودة إلى هذا الموضوع الشائك وبتفصيل، أثناء حديثنا عن الوسائل المعتمدة شرعا في نفي النسب.

بقيت الإشارة إلى أن التحريم بسبب اللعان لا يتوقف عند الزوجة التي لاعنها زوجها وحدها، وإنما يمتد كذلك إلى ابنها وابنتها المنتفيين بلعان. فمثلا فقد نصت المادة 44 من قانون الأحوال الشخصية لدولة الإمارات العربية المتحدة(2005/28) :

«يحرم على الشخص فرعه من الزنا وإن نزل وابنته المنتفية باللعان ».

وتطابق هذا المقتضى المادة 22 من قانون الأسرة لدولة قطر والصادر في 29 يونيو 2006 بالقانون رقم 22 لسنة 2006.[158]

المطلب الثاني : المحرمات على التأقيت

تمهيد :

سبق أن رأينا ونحن بصدد الحديث عن المحرمات من الزواج، أن تحريم الزواج

---

158 - جاء في هذه المادة:

"يحرم على الشخص التزوج بفرعه من الزنا وإن نزل، وكذا ابنته المنفية بلعان".

وبخصوص الزوجة، تنص المادة 24 من قانون الأسرة القطري على أنه:

"يحرم على الرجل التزوج بمن لاعنها".

بين رجل وامرأة قد يكون مؤبدا وقد يكون مجرد وصف قابل للزوال، ومن ثم فهو يوسم في هذه الحالة الأخيرة عادة بأنه مجرد تحريم مؤقت. وقد صنف الفقهاء المحرمات على التأقيت على الوجه الآتي:

1. المرأة التي تعلق بها حق الغير.
2. المرأة التي لا تدين بدين سماوي.
3. المسلمة بالنسبة للرجل غير المسلم.
4. المطلقة ثلاثا بالنسبة إلى مطلقها.
5. من كانت محرما من النسب أو الرضاع لا مرأة في عصمة الرجل.
6. الخامسة حال الزواج بأربعة في العصمة[159].
7. المحرمة بحج أو بعمرة.

وسنتعرض إلى هذه الحالات جميعها دون اعتماد الترتيب المضمن بالمادة 39 من مدونة الأسرة.

أولا- من تعلق بها حق الغير:

1- المقصود بمن تعلق بها حق الغير:

يقصد بمن تعلق بها حق الغير في هذا المقام المرأة المتزوجة من الغير أو المعتدة من طلاق أو من وفاة أو المستبرأة من زنا أو من نكاح بشبهة أو من نكاح فاسد، سواء أكانت المرأة مسلمة أم كانت غير مسلمة، لاعتبارات ترتبط أساسا بالحفاظ على الأنساب بعدم اختلاطها.

أ- يحرم على الشخص أن يتزوج بامرأة ما زالت في عصمة آخر لأن الله عز وجل قد اعتبرها من المحرمات في قوله تعالى:

159 - تنص المادة 39 من مدونة الأسرة على ما يلي :

«موانع الزواج المؤقتة هي:

1- الجمع بين الأختين، أو بين امرأة وعمتها أو خالتها من نسب أو رضاع.

2- الزيادة في الزوجات على العدد المسموح به شرعا.

3- حدوث الطلاق بين الزوجين ثلاث مرات إلى أن تنقضي عدة المرأة من زوج آخر دخل بها دخولا يعتد به شرعا. زواج المطلقة من آخر يبطل الثلاث السابقة، فإذا عادت إلى مطلقها يملك عليها ثلاثا جديدة.

4- زواج المسلمة بغير المسلم والمسلم بغير المسلمة ما لم تكن كتابية.

5- وجود المرأة في علاقة زواج أو في عدة أو استبراء».

ومن الملاحظ أن المشرع قد سكت عن المحرمة بحج أو بعمرة مع أن التحريم شرعا يشملها هي كذلك.

﴿ والمحصنات من النساء ﴾[160].

والمراد بالمحصنات في هذه الآية الكريمة، وبإجماع الفقهاء، النساء المتزوجات.

ب- ويحرم على الشخص أن يعقد على معتدة الغير سواء أكانت العدة من طلاق رجعي أو من طلاق بائن بينونة صغرى أو كبرى أو من وفاة. ويستفاد ذلك صراحة من الآيات الكريمات التي توجب الاعتداد على المرأة ومن ذلك مثلا قوله تعالى:

﴿ ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ﴾[161].

يقول القرطبي بشأن هذه الآية الكريمة:

«وهذا من المحكم المجمع على تأويله، أن بلوغ أجله انقضاء العدة...»[162].

كما يستفاد ذلك التحريم من قوله ﷺ :

«لا يَحِلّ لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره».

(رواه الإمام أحمد والترمذي وأبو داود).

ج- ويلحق بالمعتدة في هذا المجال المستبرأة من نكاح مجمع على فساده أو من نكاح بشبهة لأن الحمل في كل منهما – مبدئيا – لاحق بأبيه.

والاستبراء تربص يقوم مقام العدة، كما سبق بيانه.

والحكمة من تحريم الزواج من زوجة الغير أو من معتدته أن في الزواج بهما اعتداء صارخا على ذلك الغير. أما في حالة قيام الزوجية فالأمر ظاهر لا يحتاج إلى بيان يوضحه، أما في حالة العدة فإن آثار الزواج مازالت باقية، ولأن الزواج في هذه الفترة قد يؤدي إلى اختلاط في الأنساب إذ قد تكون الزوجة حاملا لم تظهر معالم حملها بعد، وما قيل عن العدة هو مفترض صحيح كذلك بالنسبة لحالة الاستبراء.

وعلى الرغم من أن فرضية الزواج بمن هي في عصمة الغير تبدو فرضية خيالية،

160 - الآية 24 من سورة النساء.

جاء في مختصر تفسير القرطبي:

«...فالمراد بالمحصنات هاهنا ذوات الأزواج، يقال امرأة محصنة، أي متزوجة...».

على أن هناك من فهم الآية فهما آخر. انظر للتوسع:

- القرطبي، الجزء الأول، م.س، ص 484 وما بعدها.

وفي نفس الاتجاه، انظر كذلك:

- الطبري، تفسير الطبري، م.س، المجلد الرابع الجزءان 5 و6)، ص. 3 وما بعدها.

161 - الآية 235 من سورة البقرة.

162 - الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج. 3، ص. 193.

إلا أنها قد تحدث في الواقع داخل بعض الأوساط الشعبية بفعل جهلها بأحكام القانون.

ومن ذلك الدعوى التي عرضت مؤخرا على المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، حيث إن زوجين سبق لهما أن أبرما زواجا عرفيا استمر لمدة طويلة ثم افترقا، واعتقدت الزوجة أنها طالق فتزوجت من رجل آخر، وبعدما ولدت مع الزوج الثاني ولدا، بلغت عنها إحدى بناتها من الزوج الأول النيابة العامة، حيث توبعت وحوكمت بالخيانة الزوجية وبالتزوير في محرر رسمي.[163]

2. حكم الزواج بالزانية:

يقصد بالزانية من تباغي، ويقال للرجل زان، أي باغ.[164]

يقول الله تعالى في محكم كتابه العزيز:

﴿ الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة، والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك وحرم ذلك على المومنين ﴾.[165]

ويحمل الجمهور هذه الآية الكريمة على الذم لا على التحريم لما جاء في الحديث الشريف:

«أن رجلا قال للنبي ﷺ في زوجته إنها لا ترد يد لامس. فقال له النبي عليه الصلاة والسلام «طلقها»، فقال له: إني أحبها، فقال له «فأمسكها».[166]

---

163 - حكم جنحي، ع 1497 في الملف ع 1262/93 بتاريخ 26 ماي 1993 (غير منشور).

164 - ابن منظور، م.س، الجزء الأول، ص. 1701.

165 - الآية 3 من سورة النور.

ذهب الإمام أحمد بن حنبل وهو بصدد شرح هذه الآية إلى أنه لا يصح العقد من الرجل العفيف على المرأة البغي ما دامت كذلك حتى تستتاب فإن تابت صح العقد عليها وإلا فلا وكذلك لا يصح تزويج المرأة الحرة العفيفة بالرجل الفاجر المسافح حتى يتوب توبة صحيحة لقوله تعالى: ﴿ وحرم ذلك على المومنين ﴾.

- ابن كثير الدمشقي، تفسير القرآن العظيم، الجزء الثالث، م.س، ص 247 وما بعدها.

وهذا الموقف هو السائد في الفقه المالكي؛ فقد جاء في متن الشيخ خليل:

«وكره... تزوج زانية...».

والمقصود بالزانية حسب الآبي الأزهري المتجاهرة بالزنا من غير ثبوته عليها لأن من ثبت عليها تحد فتطهر، (م.س، المجلد الأول، ص. 276).

وانظر لمزيد من الإيضاح:

- حاشية الدسوقي، م.س، المجلد الثالث، ص. 12.

166 - حديث أخرجه أبو داود في سننه، والنسائي في سننه باب تزويج الزانية.

- ابن رشد، بداية المجتهد، مرجع سابق، ص 30.

على أن هذا الحديث كان محل خلاف بين الفقهاء، يقول ابن رشد في فتاويه:

«... إنه حديث أخرجه أبو داود من حديث ابن عباس قال: جاء رجل إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال: إن امرأتي لا تمنع يد لامس. قال: غربها. قال: أخاف أن تتبعها نفسي. قال: فاستمتع بها. ورواه أيضا عن النبي صلى الله

وقال الشافعي:

«نكاح الزانية جائز على كراهة».

مذهبنا أن نكاح الزانية صحيح ولكننا نكره ذلك».[167]

وفي المذهب الحنبلي، تحرم الزانية حتى تتوب وتنقضي عدتها.[168]

ويستنتج مما سبق أن الزواج بالزانية غير ممنوع شرعا، وأن الزوجة لا تحرم على زوجها بسبب زناها، وإن كان البعض يشترط أن تتوب[169] **كما أسلفنا.**

واتفق أبو حنيفة والإمام الشافعي على أنه يصح لمن زنى بامرأة غير متزوجة وغير معتدة، وسواء أكان قد ظهر عليها حمل منه أم لم يظهر، أن يتزوج بها في الحال، وأن يدخل بها بعد إبرام العقد مباشرة[170]**، ومنع مالك هذا الزواج قبل استبرائها صيانة لاختلاط النسب الصحيح بولد الزنا**[171]**. فمثلا فقد جاء في نوازل المهدي الوزاني:**

عليه وسلم هشام مولاه، وقيل إنه هو السائل للنبي ﷺ فالله أعلم.

قال أبو الوليد رضي الله عنه: اختلف في تأويله. فقيل معناه لا ترد يد سائل يلتمس منها العطاء، وأنها كانت تبذر عليه ماله، فعلى هذا لا إشكال في الحديث. وقيل إنه كناية عن كثرة فجورها وهو الأظهر. فعلى هذا التأويل: المعنى في أمر النبي ﷺ إياه بطلاقها بين، وليس في إباحته له أن يمسكها إذا كانت تعجبه وخشي أن تتبعها نفسه إن فارقها ما يعارض حديثه في الأمة، لأن الاختيار له طلاقها، وجائز له أن يمسكها إذا خشي على نفسه العنت بمفارقتها مع أن ينفق عليها ويحفظها فيكون مأجورا في حبسها وحفظها وحفظ دينه بها. وقد قيل إنه إنما أباح له النبي ﷺ الاستمتاع بها فيما دون الوطء مخافة اختلاط الأنساب وهو من التأويل البعيد والله أعلم».

- ابن رشد القرطبي المالكي، فتاوى ابن رشد، تقديم وتحقيق الدكتور المختار بن الطاهر التليلي، السفر الأول، دار الغرب الإسلامي، 1987، ص 280.

167 - الجويني، م.س، المجلد 12، ص. 219.

168 - المقنع، م.س، الجزء الثالث، ص. 38.

169 - وهذا هو موقف المذهب الحنبلي، يقول شيخ الإسلام بن تيمية في فتاويه:

«نكاح الزانية حرام حتى تتوب، سواء كان زنى بها هو أو غيره...».

- م.س، المجلد 32، ص. 109 وما بعدها.

170 - محمد مصطفى شلبي، م.س، ص 209.

171 - يقول الشيخ خليل: «كمستبرأة من زنا».

جاء في الشرح:

«لو قال وإن من زنا لكان أحسن ليشمل أنواع الاستبراء، وسواء كان هو الزاني بها أو زنى بها غيره، فإنه لا يجوز له أن يتزوجها حتى يستبرئها من الزنى وإن تزوج بها في مدة الاستبراء فسخ النكاح...».

- الحطاب، م.س، المجلد الثالث، ص 413.

استفتي ابن رشد الجد فيمن تزوج امرأة زنى بها، وعقد عليها قبل استبرائها، فتولد أولادا، ثم إنهما تفارقا بطلاق وتراجعا مرة بعد أخرى فأجاب:

«وسئل - ابن هلال - عمن زنى بامرأة، ثم تزوجها من غير استبراء، فولدت منه:

فأجاب: لا خلاف في فسخ النكاح، وإنما الخلاف في تأبيد التحريم، والمشهور عدم التأبيد، وأنه يجوز له أن يتزوجها بعد استبرائها من مائه الفاسد... وهو مشهور قول ابن القاسم وبه يفتي المفتون...

وأما الولد ففي النوادر: من زنى بامرأة، ثم تزوجها قبل الاستبراء فالنكاح يفسخ أبدا، وليس فيه طلاق ولا ميراث ولا عدة وفاة، والولد بعد عقد النكاح لاحق فيما حملت به بعد حيضة إذا أتت به لستة أشهر من نكاحها، وما كان قبل حيضة فهو من الزنى لا يلحق به، وقاله كله أصبغ...»[172].

ويحل لغير من زنى بها أن يتزوجها كذلك، لكن شريطة ألا تكون حاملا، وإلا كان هذا الزواج باطلا.

أما المرأة الزانية الحامل فقد اختلف الفقهاء في حكم الزواج منها من غير صاحب الحمل. والخلاف هنا ينحصر في مذهبين اثنين:

الأول: يصح عقد الزواج على الزانية الحامل، ولكن لا يصح الدخول بها إلا بعد وضع الحمل. وهذا هو مذهب أبي حنيفة الذي يستدل لموقفه بكون الزانية الحامل غير مذكورة في آية المحرمات فتدخل من ثم في عموم قوله تعالى:

﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين﴾. (الآية 24 من سورة النساء)، والتي جاءت ردا على **﴿حرمت عليكم﴾**.

الثاني: لا يصح العقد على الزانية الحامل مادامت حاملا، فإن وضعت صح العقد عليها، وهذا هو مذهب الجمهور الذين يقيسون المرأة الحامل من الزنى بالمرأة الحامل من الزواج الصحيح في هذا الصدد[173]، والتي تنتهي عدها بوضع حملها.

«... النكاح الأول الذي وقع عقده قبل الاستبراء من ماء الزنى فاسد لا يلحقه فيه طلاق، فتكون مفارقته، إياها فيه فسخا بغير طلاق. والنكاح الثاني صحيح يلحقه في الطلاق، فإن كان وقع قبل الدخول وجب لها نصف الصداق، ولم يكن لها ميراث، وإن كان وقع بعد الدخول وجب لها جميع الصداق والميراث إن كان مات قبل العدة إلا أن يكون الطلاق الذي طلقها بائنا.
أما الأولاد، فلاحقون به على كل حال يجب لهم الميراث منه...».
- ابن رشد الجد، فتاوى ابن رشد، م.س، السفر الثاني (الفتوى رقم 295)، ص. 1015 وما بعدها.
172 - م.س، الجزء الثالث، ص. 305 و306.
173 - محمود محمد الطنطاوي، مرجع سابق، ص 123 وما بعدها.
- صلاح الدين زكي، مرجع سابق، ص 68 و69.

ثانيا - من لا تدين بدين سماوي:

يحرم على المسلم أن يتزوج من امرأة لا تدين مطلقا بدين سماوي ولا تؤمن برسول من عند الله ولا بكتاب إلاهي، بأن تكون مشركة من الوثنيات اللاتي يعبدن الأصنام، أو المجوسيات اللاتي يعبدن النار، أو الصابئات اللاتي يعبدن الكواكب، أو الملحدات اللاتي لا تومن بدين مطلقا، أو غيرهن من معتنقات المذاهب الوجودية ومنكرات ما هو معروف من الدين بالضرورة من كل المذاهب العصرية أو القديمة[174] لقوله تعالى:

﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يومن ولأمة مومنة خير من مشركة ولو أعجبتكم﴾[175].

والحكمة من تحريم زواج المسلم بمن لا تدين بدين سماوي، أن التباين التام في العقيدة بينها وبين المسلم لا تحسن معه العشرة ولا يتحقق معه السكن والمودة اللذان يعدان من أهم مقاصد الزواج، وهو زواج يخشى معه على النسل أن ينشأ على أخلاق أهل الشرك وعقائدهم، وخاصة أن الأولاد وبحكم العادة أكثر ارتباطا بأممهم من أبيهم.

نعم، إذا أسلمت من لا تدين بدين سماوي أو اعتنقت الديانة المسيحية أو اليهودية صح الزواج منها من المسلم، على ما يستفاد من الآية الخامسة من سورة المائدة.

وعلى خلاف ذلك، يجوز للرجل المسلم أن يتزوج امرأة كتابية، وهي التي تؤمن برسول وتقر بكتاب سماوي، سواء أكانت يهودية أم نصرانية، ودليل ذلك الجواز يتمثل في قوله تعالى:

﴿اليوم أحل لكم الطيبات وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم

---

174 - صلاح الدين زكي، مرجع سابق، ص 72.
175 - الآية 219 من سورة البقرة.
وبشأن هذه الآية الكريمة، جاء في الجامع لأحكام القرآن للعلامة القرطبي:
«... قال مقاتل: نزلت هذه الآية في أبي مرثد الغنوي، وقيل في مرثد بن أبي مرثد، واسمه كناز بن حصين الغنوي، بعثه رسول الله ﷺ مكة سرا ليخرج رجلا من أصحابه وكانت له بمكة امرأة يحبها في الجاهلية يقال لها «عناق» فجاءته فقال لها: إن الإسلام حرم ما كان في الجاهلية، قالت: فتزوجني، قال حتى أستأذن رسول الله ﷺ فأتى النبي ﷺ، فاستأذنه فنهاه عن التزوج بها، لأنه كان مسلما وهي مشركة...».
- القرطبي، م.س، ج. 3، ص. 67.

وطعامكم حل لهم والمحصنات من المومنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم ﴾[176].

---

176 - الآية 5 من سورة المائدة.
ورغم ذلك فهناك بعض الخلاف الفقهي بشأن هذا الزواج حيث هنالك رأي ضعيف يمنعه إلى جانب رأي قوي يجيزه.

أولا - أدلة القائلين بفساد الزواج من الكتابيات:

يقول الله تعالى:

﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يومن ﴾

ووجه الدلالة أن هذه الآية الكريمة نهت عن نكاح المشركات، والنهي يقتضي الفساد، والسبب أن تفسير المشرك في اللغة مأخوذ من الإشراك وهم يثبتون لله ولدا، فصاروا بذلك مشركين. وأما شرعا فلقوله تعالى:

﴿وقالت اليهود عزير ابن الله﴾

وقالت النصارى:

﴿المسيح ابن الله﴾.

إلى قوله:

﴿وما أمروا إلا ليعبدوا إلها واحدا لا إله إلا هو سبحانه عما يشركون﴾.

حيث سماهم الله بالمشركين ويقول الله تعالى كذلك:

﴿ولا تمسكوا بعصم الكوافر﴾.

ووجه الدلالة هنا يتمثل في النهي عن التمسك بعصمة الكافرات للتحريم، واليهود والنصارى من الكفار، ولقد سماهم الله كفارا رغم إضافتهم إلى الكتاب في قوله تعالى:

﴿لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب﴾ الآية 1 من سورة البينة.

وهو نص صريح في تسميتهم بالكفار. وحيث كان الأمر كذلك، فقد منعت الآية الالتزام بعصمتهن وأبطلت نكاحهن.

وبخصوص قول الله تعالى :

﴿والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم﴾.

فقد قالوا بأنها منسوخة بقوله تعالى:

﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يومن﴾.

وفي الأثر يتمسكون بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه كلما سئل عن نكاح الكتابية قال: إن الله حرم المشركات على المسلمين ولا أعلم من الشرك أعظم من أن تقول ربها عيسى ابن مريم.

ثانيا - أدلة القائلين بصحة الزواج من الكتابيات:

من أبرز ما استدل به جمهور الفقهاء على تحليل الزواج من الكتابيات قول الله تعالى:

﴿اليوم أحل لكم الطيبات... والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب﴾.

معطوف على ما أحل من الطيبات والطعام، وبناء على ما يقتضيه العقل من التشريك بين المعطوف والمعطوف عليه يكون المراد "وأحل لكم المحصنات من الكتابيات" وهكذا يكون النص القرآني قاطع في حل الكتابيات.

وفي الأثر، ثبت أن بعض الصحابة تزوجوا من كتابيات حيث روى الخلال بإسناده أن حذيفة وطلحة وجارود بن المعلى وأذينة العبدي تزوجوا من أهل الكتاب، وفي فعلهم هذا دليل قوي على صحة هذا النكاح.

جمع هذه الأسانيد ورتبها وعلق عليها أحمد محمد الخليفي الشبلي، م.س، ص 80 وما بعدها.

وبخصوص الترابط بين الآية أعلاه – أي الآية 5 من سورة المائدة – والآية 221 من سورة البقرة والتي ورد

قال طائفة من العلماء: حرم الله نكاح المشركات في سورة البقرة، ثم نسخ من هذه الجملة نساء أهل الكتاب فأحلهن في سورة المائدة. وروي هذا القول عن ابن عباس وبه قال مالك بن أنس وغيره[177].

والزواج بالكتابية - وإن كان جائزا - في المذهب المالكي، إلا أنه مكروه[178]، لأنه لا يؤمن أن يميل الرجل إليها فتفتنه عن دينه كما لا تؤمن - وخاصة في الوقت الراهن - عن الأولاد وعن طريقها دائما - معاداتهم للإسلام،[179] لذلك فقد سماها الفاروق

فيها قول الله تعالى:

﴿ولا تنكحوا المشركات حتى يومن ﴾.

هل بينهما عموم وخصوص ؟ وهل إحداهما ناسخة للأخرى؟

انظر من أجل التوسع حول هذا الموضوع:

- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثالث، م.س، ص. 67.

177 - انظر لمزيد من الإيضاح:

- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثالث، ص. 67.

178 - يقول الشيخ خليل إنه تحرم:

«الكافرة إلا... الكتابية بكره ».

وهذا مذهب الإمام مالك رحمه الله: ذكره ابن حبيب، وقال: ونكاح اليهودية والنصرانية وإن كان قد أحله الله تعالى مستثقل مذموم.

- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الثالث، م.س، ص. 67.

وقد سبق أن المذهب المالكي أخذ الكثير عن قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

179 - بدران أبو العينين بدران، ص 117 و118.

السيد سابق، مرجع سابق، ص 101 و102.

ورحم الله الأديب الكبير مصطفى صادق الرافعي إذ قال في بحث له عنونه بالزواج بالأجنبية: "لا تتزوجوا يا إخواني بأجنبية، إن الأجنبية يتزوج بها مسلم هو مسدس جرائم فيه ست قذائف:

الأولى: بوار امرأة مسلمة وضياعها بضياع حقها في الزواج، وتلك جريمة وطنية.

والثانية: إقحام الأخلاق الأجنبية عن طباعنا وفضائلنا، في هذا المجتمع الشرقي، وتوهينه.

والثالثة: دس العروق الزائغة في دمائنا ونسلنا، وهي جريمة اجتماعية.

والرابعة: التمكين للأجنبي في بيت من بيوتنا يملكه ويحكمه ويصرفه على ما يشاء، وهذه جريمة سياسية.

والخامسة: للمسلم منا إيثاره غير أخته المسلمة، ثم تحكيمه الهوى في الدين ما يعجبه وما لا يعجبه، ثم إلقاؤه السم الديني في نبع ذريته المقبلة، ثم صيرورته خزيا لأجداده الفاتحين الذين كانوا يأخذونهم سبايا، ويجعلونهن في المنزلة الثانية أو الثالثة بعد الزوجة، فأخذته هي رفيقا لها، وصار معها في المنزلة الثانية أو الثالثة بعد... وهذه جريمة دينية.

والسادسة: بعد ذلك أن هذا المسكين يؤثر أسفله على أعلاه... ولا يبالي في ذلكن خمس جرائم فظيعة، وهذه السادسة جريمة إنسانية".

- أشار إلى هذه المقالة دون ذكر مرجعها محمود مهدي الإستمبولي في كتابه تحفة العروس، مكتبة الحضارة، دمشق، (ت.غ.م)، ص 33 (الهامش).

وبالإضافة إلى أن هؤلاء الأجنبيات هن كتابيات بالاسم فقط وأن أغلبهن مشركات ملحدات، فهن في أغلب

بالجبرة[180].

ولعل المشاكل العويصة التي يتخبط فيها الأزواج المغاربة من عمالنا بالخارج، بل وحتى بالداخل، والذين سبق لهم أن تزوجوا من فرنسيات أو بلجيكيات أو هولنديات أو أمريكيات كفيل بفتح أعين كل من يروم مثل هذا الزواج على حجم المشاكل التي تنتظره.

ويضاف إلى كل ما سبق أنه قلما يتم الزواج حاليا في إطار المصاهرة مع عائلات أجنبية محترمة، وقلما يكون هنالك تناسب من حيث السن. وإن كان هنالك أولاد، فقلما يتم الحفاظ على هويتهم المسلمة. وفي أغلب الأحوال، فالزوجة الأجنبية الذمية تنظر إلى زوجها المسلم نظرة استعلاء، بل وأحيانا تتخذه للمتعة لا غير. هذا ما لم تسلم ويحسن إسلامها.

ثالثا- المسلمة بالنسبة للرجل غير المسلم:

أجمع الفقهاء – وبدون استثناء – على أنه لا يجوز للمرأة المسلمة مطلقا أن تتزوج برجل غير مسلم، سواء أكان كتابيا أم غير كتابي، يقول جلت قدرته في كتابه العزيز:

﴿ولا تنكحوا المشركين حتى يومنوا ولعبد مومن خير من مشرك ولو أعجبتكم﴾[181].

الأحيان من العاملات المتواضعات إن لم يكن من بنات المقاهي و"البارات" والشوارع.

وفي حالة النزاع، فإن هؤلاء الأجنبيات يجدن حماية كبرى في قضاء وفي سلطة بلدهن.

وانظر في هذا الصدد حول ما عاناه أستاذ جامعي مغربي تزوج بفرنسية وخلف منها ولدين:

- عبد القادر السباعي، الزواج المختلط: اعتماد الاتفاقية المغربية الفرنسية على حساب قانون الأحوال الشخصية، بحث منشور ضمن أعمال ندوة الزواج المختلط في العلاقات الأورو مغاربية، م.س.، ص. 117 وما بعدها.

180 - والظاهر أن عمر ابن الخطاب وللسبب أعلاه، كان معارضا للزواج من الكتابيات.

جاء في هامش المقنع لابن قدامة:

«ليس بحمد الله بين أهل العلم اختلاف في حل حرائر نساء أهل الكتاب وسواء كان أهل الكتاب أهل حرب أم أهل ذمة والأولى ألا يتزوج كتابية لأن عمر قال للذين تزوجوا من نساء أهل الكتاب طلقوهن ففعلوا إلا حذيفة فقال عمر طلقها؟ قال: تشهد أنها حرام؟ قال هي جمرة، قال: قد علمت أنها جمرة ولكنها لي حلال. قال: فلما كان بعد طلقها فقيل له ألا طلقتها حين قال لك عمر؟ قال كرهت أن يرى الناس أني ارتكبت أمرا لا ينبغي...».

- م.س، الجزء الثالث، ص. 36 (الحاشية).

181 - الآية 221 من سورة البقرة.

ويقول كذلك:

﴿يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المومنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مومنات فلا ترجعوهن إلى الكفار لا هن حل لهم ولا هم يحلون لهن﴾[182].

والحكمة في تحريم زواج المسلمة من غير المسلم هو أن الله سبحانه وتعالى جعل الرجال قوامين على النساء[183]، وهذه سنة الله في خلقه ولا تبديل لسنته، ومن ثم لم يكن من الحكمة والحالة هذه أن تتزوج المسلمة من غير المسلم ولو كان كتابيا حتى لا تكون له عليها قوامة وسلطان، فيدفعها وأولادها إلى مفارقة دينهم واتباع دينه[184].

يرشد إلى ذلك قوله تعالى:

﴿أولئك يدعون إلى النار والله يدعو إلى الجنة والمغفرة بإذنه﴾[185].

وزواج المسلمة بغير المسلم هو زواج باطل غير منعقد أصلا ويجب التفريق بينهما، ولو أبرم بكيفية قانونية في دولة أجنبية، كما يحدث أحيانا[186] في كثير من

جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن: «المسلمة لا تتزوج إلا مسلما، وزواج المسلمة بغير المسلم حرام باتفاق، لا ينعقد أصلا ولا يثبت منه النسب...».

- نقض 8 مارس 1967، طعن 16س 35 ق. (انظر أنو طلبه، مجموعة المبادئ القانون التي قررتها محكمة النقض منذ إنشائها سنة 1931 حتى 2002، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2004، ص. 218 و219).

182 - الآية 10 من سورة الممتحنة.

183 - يقول الله تعالى في كتابه العزيز:

﴿الرجال قوامون على النساء بما فضل الله بعضهم على بعض وبما أنفقوا من أموالهم﴾.

- الآية 34 من سورة النساء.

184 - صلاح الدين زكي، مرجع سابق، ص 74 و75.

- عمر عبد الله، مرجع سابق، ص 184 وما بعدها.

185 - الآية 219 من سورة البقرة.

جاء في شرح القرطبي لهذه الآية الكريمة قوله تعالى:

﴿أولئك﴾ إشارة للمشركين والمشركات. ﴿يدعون إلى النار﴾ أي إلى الأعمال الموجبة للنار، فإن صحبتهم ومعاشرتهم توجب الانحطاط في كثير من هواهم من تربيتهم النسل. ﴿والله يدعو إلى الجنة﴾ أي إلى عمل أهل الجنة. ﴿بإذنه﴾ أي بأمره، قاله الزجاج...».

- الجامع لأحكام القرآن، ج. 3، م.س.، ص. 80.

186 - وتفريعا على ما سبق بيانه، قرر الفقهاء أنه إذا أسلمت الزوجة وزوجها باق على دينه، وامتنع عن الدخول في الإسلام يفرق بينهما لأن عدم قيام سبب من أسباب التحريم شرط لإنشاء النكاح وشرط لبقائه واستمراره أيضا.

انظر في هذا الصدد :

دول الغرب العلمانية[187].

ومن الملاحظ أن بعض النصارى قد أقبلوا على الزواج من فتيات مغربيات، إما داخل المغرب وإما خارجه.

فداخل المغرب قد يعمد الأجنبي أحيانا إلى إعلان إسلامه بكيفية صورية فيبرم الزواج أمام العدول[188].

وفي الخارج قد يعمد الزوجان إلى إبرام زواجهما أمام ضابط الحالة المدنية، حيث لا دخل لعنصر الدين هناك في هذا المجال.

وتتمثل خطورة هذا الزواج الأخير في أنه يعتبر مجرد سفاح من وجهة القانون المغربي، لا يرتب أي أثر قانوني، ما لم يكن الزوج صادقا في إسلامه[189]، وهذه مسألة قلبية يصعب الاستيثاق منها، وإن كان من الواجب الاحتياط لها بالجدية المطلوبة.

بقيت الإشارة إلى مسألة خطيرة أخرى تتمثل في اعتناق أحد الزوجين للإسلام.

فإذا كان الزوجان كتابيين واعتنق الزوج الإسلام، فلا تأثير لذلك على العلاقة الزوجية التي تستمر صحيحة كما كانت. أما إذا أسلمت الزوجة وبقي الزوج على دينه، فإن الزواج يفسخ بقوة الشرع رضاء وإلا فقضاء، ما لم يسلم أثناء العدة حيث له أن يراجع زوجته.

ولم يتطرق المشرع المغربي إلى هذه الفرضية، مما يحتم الرجوع إلى الفقه المالكي، كما ترجمته المادة 46 من قانون الزواج والطلاق الليبي، وقد جاء فيها:

«أ - إذا دخل الزوجان في الإسلام أو دخل الزوج الإسلام وكانت الزوجة من أهل

- ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، ص. 36 و37.

- محمد أبو زهرة، م.س، ص. 112، وما بعدها.

187 - انظر حول المشاكل التي يثيرها هذا الموضوع:

- جميلة أوحيدة، مستجدات مدونة الأسرة وانعكاساتها على المغاربة المقيمين بالخارج، بحث منشور ضمن أعمال الذكرى الخمسين للمجلس الأعلى، قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى، م.س، ص. 138 وما بعدها.

188 - تنص المادة 13 من القانون رقم 16-03 المتعلق بخطة العدالة على أنه:

« يقع تلقي شهادة اعتناق الإسلام ... مجانا ...».

وبخصوص الوثيقة التي تتضمن الإشهاد على اعتناق الإسلام، انظر في هذا الصدد:

- أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني، التدريب على تحرير الوثائق العدلية، الجزء الثاني، مطبعة الأمنية بالرباط، 1995، ص. 85 وما بعدها.

189 - وتلافيا للمضار التي قد تنتج عن مثل هذا الزواج، فإن الإدارة قد وضعت احتياطات كبيرة تجب مراعاتها، وهي احتياطات سنوضحها لاحقا أثناء حديثنا عن إجراءات إبرام عقد الزواج والإشهاد عليه.

الكتاب بقيا على زواجهما بشرط ألا يوجد مانع شرعي، أو سبب من أسباب التحريم المبينة في هذا القانون.

ب - إذا أسلمت الزوجة وامتنع زوجها عن الدخول في الإسلام فسخ نكاحهما، فإذا أسلم الزوج أثناء العدة جاز له الترجيع.

ج - إذا كانت الزوجة غير كتابية عرض عليها الإسلام فإذا امتنعت فسخ نكاحها».

وفي نفس الاتجاه، تنص المادة 155 من قانون الأسرة القطري على أنه:

«إذا أسلمت الزوجة قبل الدخول أو بعده، وكان زوجها غير مسلم فرق القاضي بينهما بعد الإعذار له بالدخول في الإسلام خلال مدة تنقضي بمثلها العدة، فإن تعذر إسلامه فرق بينهما.

وإذا أسلم الزوجان، أو أسلم الزوج وكانت زوجته كتابية، ولم يكن بينهما سبب من أسباب التحريم، فإن نكاحهما يظل صحيحا».

ومن الحالات التي أصبحت شائعة في المجتمع المغربي اعتناق الزوج للديانة المسيحية، مما يضفي البطلان على زواجه السابق بالمسلمة[190]، ما لم تلتحق به بدورها فتتنكر لإسلامها.

رابعا - المطلقة ثلاثا بالنسبة إلى مطلقها:

1 - القاعـــدة:

إذا طلق الزوج زوجته طلاقا مكملا للثلاث، بانت منه هذه المطلقة بينونة كبرى بحيث لا تحل له من بعد حتى تتزوج آخر غيره زواجا صحيحا، ويدخل بها الزوج الثاني دخولا حقيقيا، ثم يطلقها بدوره أو يتوفى عنها وتنقضي عدتها منه لقوله تعالى:

﴿الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان﴾[191].

---

190 - القرار عدد 322 بتاريخ 24 ماي 2006 في م.ع. 05/1/2/168.

أشار إليه ذ. إبراهيم بحماني في مؤلفه، العمل القضائي في قضايا الأسرة مرتكزاته ومستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، طبع ونشر مكتبة دار السلام، الرباط، 2008، ص. 173.

191 - الآية 227 من سورة البقرة.

روى الدارقطني عن أنس أن رجلا قال: يا رسول الله، قال الله تعالى: ﴿الطلاق مرتان﴾ فلم صار ثلاثا؟ قال: «إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان - في رواية - هي الثالثة». ذكره ابن المنذر.

ثم قوله بعد ذلك:

﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾[192].

والحكمة من تحريم المطلقة ثلاثا على مطلقها أن الزوج إذا ما أوقع الطلاق على زوجته مرتين لم تبق له من الطلقات التي يملكها عليها إلا طلقة واحدة تنقطع بعدها رابطة الزوجية بينهما انقطاعا باتا، بحيث لا تحل له مرة أخرى حتى تنكح زوجا آخر غيره ويدخل بها دخولا حقيقيا، على ما أكده الرسول ﷺ[193]، ثم يطلقها أو يتوفى عنها وتنقضي عدتها منه. كل هذا يدعو الزوجين معا إلى بذل كثير من الجهد لإبقاء الزوجية بينهما وعدم التفريط فيها، فلا يقدم الزوج على إيقاع الطلقة الثالثة إلا إذا لم يجد مندوحة عن ذلك، وتحرص الزوجة أشد الحرص بدورها على اجتناب كل ما قد يؤدي إلى طلاقها من بعد الطلقتين الأولتين. فإذا ما طلق الزوج زوجته مع كل هذا كان ذلك دليلا قاطعا على استحكام النفرة بينهما[194].

ويضاف إلى هذا كله أن التحريم في هذه الحالة يرمي إلى عدم التلاعب بمؤسسة الزواج بواسطة الطلاق.

وفي مدونة الأسرة، فإن من بين موانع الزواج المؤقتة:

«1 ـ

قال أبو عمر: وأجمع العلماء على أن قوله تعالى ﴿أو تسريح بإحسان﴾ هي الطلقة الثالثة بعد الطلقتين، وإياها عنى بقوله تعالى: ﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾.

انظر من أجل التوسع:

– القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج. 3، ص. 127.

192 – الآية 228 من سورة البقرة.

193 – روى البخاري ومسلم عن عروة عن عائشة أنها قالت: جاءت امرأة رفاعة إلى النبي ﷺ فقالت: كنت عند رفاعة القرظي فطلقني، فبت من طلاقي، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير، وإن ما معه مثل هدبة الثوب (وأخذت بهدبة من جلبابها) فتبسم رسول الله ﷺ فقال: « أتريدين أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيله ويذوق عسيلتك ». حديث أخرجه البخاري في صحيحه، باب من جوّز الطلاق الثالث، وأخرجه مسلم في صحيحه، باب استحباب النكاح.

والعسيلة هي الوطء بمفهومه الشرعي، أي الوطء ولو كان قليلا.

وفي المذهب المالكي، يفهم من الحديث الشريف أعلاه: حتى يذوق كل واحد منهما عسيلة صاحبه، أي استواؤهما في إدراك لذة الجماع، وهو حجة لمن يقول في أنه لو وطئها نائمة أو مغمى عليها لم تحل لمطلقها، لأنها لم تذق العسيلة إذ لم تدركها.

انظر من أجل التوسع حول الموضوع ولمزيد من الإيضاح حول أقوال الفقهاء:

– القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج. 3، ص. 148.

194 – عمر عبد الله، مرجع سابق، ص 177 و178.

2 ـ

3 ـ **حدوث الطلاق بين الزوجين ثلاث مرات، إلى أن تنقضي عدة المرأة من زوج آخر دخل بها دخولا يعتد به شرعا...».** (المادة 39 من مدونة الأسرة).

وبالإضافة إلى هذه القاعدة، قرر المشرع المغربي ذات القاعدة من خلال المادة 127 من مدونة الأسرة وقد جاء فيها:

«الطلاق المكمل للثلاث يزيل الزوجية حالا، ويمنع من تجديد العقد مع المطلقة إلا بعد انقضاء عدتها من زوج آخر بنى بها فعلا بناء شرعيا».

ويقصد بالبناء الشرعي الفعلي أن يذوق عسيلتها وتذوق عسيلته (الحديث).

وقد ذهب جمهور العلماء إلى أن الوطء كاف في ذلك، وهو التقاء الختانين الذي يوجب الحد والغسل ويفسد الصوم والحج ويحصن الزوجين ويوجب كمال الصداق[195].

وفي هذا الصدد، اشترط الإمام مالك أن يطأها الثاني وطئا مباحا، فلو وطئها وهي محرمة أو صائمة أو معتكفة أو حائض أو نفساء أو الزوج صائم أو محرم أو معتكف، لم تحل للأول بهذا الوطء[196].

2 ـ طلاق الثلاث وتحريم زواج التحليل:

القاعدة في مدونة الأسرة أن:

«زواج المطلقة من آخر يبطل الثلاث السابقة، فإذا عادت إلى مطلقها يملك عليها ثلاثا جديدة أخرى».

قد يتزوج رجل امرأة سبق أن طلقها زوجها ثلاث مرات، بقصد تحليلها لزوجها الأول. هذا الزواج باطل من عدة وجوه:

1 ـ ففي هذا الزواج تحايل على حكم أمر من أحكام الله سبحانه وتعالى، وهو حكم قرآني قطعي الثبوت والدلالة.

2 – وفيه تحايل على سنة رسول الله ﷺ (حديث طليقة رفاعة).

---

195 – القرطبي، الجامع... م.س، ج. 3 ص. 148.

– أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات، المجلد الأول، الجزء الأول، ص. 206.

- بدران أبو العينين بدران، مرجع سابق.

196 – ابن كثير، الجزء الأول، م.س، ص. 269.

3 - وهو زواج مؤقت[197]. والزواج المؤقت باطل لدى جمهور الفقهاء وبمقتضيات مدونة الأسرة (م11).

4 - وهو زواج تستتبعه لعنة الرسول بدليل قوله عليه السلام:

«لعن الله المحلل والمحلل له»[198].

واللعن لا يكون عادة، إلا على فعل يحرمه الله.

والقاعدة أن زواج التحليل في الفقه المالكي يفسخ قبل البناء وبعده[199].

ولذم هذا النوع من الزواج أطلق عليه الفقهاء: "نكاح التيس المستعار".

والزوجة تستحق الصداق كاملا بالبناء ولا تستحق أي شيء في حالة انعدامه لأننا بصدد فسخ لا بصدد طلاق.

وفي التشريع المغربي الحالي، يعتبر زواج التحليل فاسدا يفسخ قبل البناء وبعده، انسجاما مع أحكام الفقه المالكي:

«إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا»[200].

---

197 - صلاح الدين زكي، مرجع سابق، ص 70 و71.

198 - رواه الإمام أحمد.

جاء في النوازل الجديدة الكبرى:

«وسئل العباسي عمن طلق امرأته ثلاثا، ثم استأجرت المرأة رجلا دون موافقة الزوج على تزويجها فمكث معها يسيرا فطلقها، ثم تزوجها الأول مدعيا تحليلها له وولدت معه ولدا، ما الحكم في ذلك النكاح وذلك الولد؟

فأجاب: نكاح المحلل فاسد، ونية المحلل في المضرة وإن نوى إمساكها إذا أعجبته، ولا تحل به المطلقة المبتوتة، ويعاقب المحلل، ومن علم ذلك من زوجة وولي، وعدم علم المطلق بقصد المحلل التحليل لا يفيد، فيفرق بينهما فورا والولد لاحق به...».

وقال في جواب آخر أيضا: المشهور في نكاح المحلل ما ذكره الشيخ خليل في المختصر بقوله مشبها بالفساد: «كمحلل وإن مع نية إمساكها مع الإعجاب ونية المطلق ونيتها لغو». المتيطي: ويعاقب المحلل ومن علم بذلك من زوجته وولي وشهود. نقله السنهوري...».

- المهدي الوزاني، م.س، الجزء الرابع، ص. 304 و305.

199 - جاء في مواهب الجليل للحطاب عن زواج المحلل:

«...ويفسخ قبل البناء وبعده بطلاق بائن إذا أقر به بعد العقد وأما إن أقر قبل النكاح فليس بنكاح قاله في الموازية قال في التوضيح يعني يفسخ بغير طلاق الباجي وعندي أنه يدخله الخلاف في النكاح الفاسد المختلف فيه هل هو بطلاق أم لا وهو تخريج ظاهر وإن بنى بها فلها المسمى على الأصح وقال مالك للمحلل أن يتزوجها بعد ذلك وقال أشهب أحب إلي ألا ينكحها أبدا...».

- م.س، ص 469.

ونية المطلق ونية الزوجة لغو، إنما المعتبر نية المحلل.

- م.س، بنفس الموضع.

وعلى الرغم من ذلك فمن الصعب إثبات نية التحليل لذلك تبقى المسألة ذات طبيعة دينية لا قضائية.

200 - المادة 61 من مدونة الأسرة.

والمعتبر في الفقه المالكي قصد المحلل وحده لا قصد الزوجة أو المطلق[201] على ما يتضح من قول الشيخ خليل وهو بصدد الحديث عن المحرمات على التأقيت:

«كمحلل وإن مع نية إمساكها مع الإعجاب ونية المطلق ونيتها لغو»[202]. وهو ما أخذ به المشرع المغربي على يتضح من صياغة المادة 61 من مدونة الأسرة.

ورغم كل ما سبق، نشير إلى أن مسألة التحليل وما يلابسها من نوايا يصعب الاستيثاق منها في الواقع الحالي، علما أن الله يعلم خائنة الأعين وما تخفي الصدور[203].

خامسا - الجمع بين أختين أو بين امرأة وعمتها أو خالتها من نسب أو رضاع[204]:

---

201 - جاء في القوانين الفقهية لابن جزي:

«... ولا يحلها نكاح التيس وهو المحلل الذي يتزوجها ليحلها لزوجها اتفاقا ونكاحه باطل مفسوخ خلافا لهما والمعتبر في ذلك نية المحلل لا نية المرأة ولا نية المحلل له...».

- ابن جزي، م.س، ص. 140.

وجاء في الجامع لأحكام القرآن:

«مدار جواز نكاح التحليل عند علمائنا على الزوج الناكح، وسواء شرط ذلك أو نواه، ومتى كان شيء من ذلك فسد نكاحه ولم يقر عليه، ولم يحلل وطؤه المرأة لزوجها. وعلم الزوج المطلق وجهله في ذلك سواء. وقد قيل: إنه ينبغي له إذا علم أن الناكح لها لذلك تزوجها أن يتنزه عن مراجعتها. ولا يحلها عند مالك إلا نكاح رغبة لحاجته إليها، ولا يقصد به التحليل، ويكون وطؤه لها وطئا مباحا...».

- القرطبي، م.س، ج. 3، ص. 150.

202 - الآبي الأزهري، م.س، ص. 292.

203 - راجع الآية 19 من سورة غافر.

204 - تبنت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة في مطلع الفصل 23 عبارات فقهية معقدة جاءت كالآتي:

«المحرمات حرمة مؤقتة:

1. الجمع بين امرأتين لو فرضت إحداهما ذكرا حرم عليه التزوج بالأخرى وذلك كالجمع بين الأختين والمرأة وعمتها والمرأة وخالتها سواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاع ويستثنى من ذلك الجمع بين المرأة وأم زوجها أو بنت زوجها...».

هذا الحكم مأخوذ من الفقه المالكي ويبرره ابن رشد القرطبي في بداية المجتهد بالكيفية الآتية:

«...وقال قوم إنما يحرم الجمع بين كل امرأتين بينهما قرابة محرمة، أعني لو كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى لم يجز لهما أن يتناكحا، ومن هؤلاء من اشترط في هذا المعنى أن يعتبر هذا من الطرفين جميعا، أعني إذا جعل كل واحد منهما ذكرا والآخر أنثى، فلم يجز لهما أن يتناكحا، فهؤلاء لا يحل الجمع بينهما. وأما إن جعل في أحد الطرفين ذكر يحرم التزويج ولم يحرم من الطرف الآخر، فإن الجمع يجوز كالحال في الجمع بين امرأة الرجل وابنته من غيرها، فإنه إن وضعنا البنت ذكرا لم يحل نكاح المرأة منه، لأنها زوج أبيه وإن جعلنا المرأة ذكرا حل لها نكاح ابنة الزوج، لأنها تكون ابنة أجنبي، وهذا القانون هو الذي اختاره أصحاب مالك، وأولئك يمنعون الجمع بين زوج الرجل وابنته من غيرها».

- مرجع سابق، ص 32.

يقول ابن جزي:

«يحرم الجمع بين الأختين بنكاح... وبين المرأة وعمتها وبين المرأة وخالتها وسواء كانت شقيقة أو لأب أو لأم أو من الرضاعة. والضابط لذلك أن كل امرأتين بينهما القرابة أو الرضاعة ما يمنع تناكحهما لو قدرت أحدهما ذكرا فلا يجوز الجمع بينهما واحترزنا بذكر القرابة والرضاعة من الجمع بين المرأة وأم زوجها، فإنه يجوز لأنه من باب الصهر».

وقد ثبت تحريم الجمع بين المحرمين بالكتاب وبالسنة:

أما في الكتاب، فيقول الله تعالى في آية المحرمات:

﴿وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف﴾[205].

وهي معطوفة على حرمت عليكم المذكورة في مطلع الآية.

أما في السنة فيقول ﷺ فيما رواه البخاري ومسلم:

«لا يجمع بين المرأة وعمتها ولا بين المرأة وخالتها»[206].

ويضيف ﷺ لبيان الحكمة من هذا التحريم:

«فإنكم إن فعلتم قطعتم أرحامكم».

وقد قنن المشرع المغربي هذا الحكم الشرعي من خلال البند الأول من المادة 39 من مدونة الأسرة، والتي اعتبرت من بين حالات التحريم المؤقت:

«الجمع بين أختين أو بين امرأة وعمتها أو خالتها من نسب أو رضاع».

ويترتب على الجمع بين محرمين فسخ الزواج الثاني كقاعدة عامة[207]، وإذا تعلق

وانظر من أجل مزيد من التوضيح:

- ابن جزي، م.س، ص. 139.

205 - الآية 23 من سورة النساء.

206 - رواه البخاري ومسلم.

راجع تعليقا مهما على الحديث:

- ابن تيمية، م.س، المجلد 32، ص. 68 وما بعدها.

207 - جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية:

«من شروط صحة الزواج محلية المرأة وأن لا يقوم بها سبب من أسباب التحريم ومنها الجمع بين الأختين، والمحققون من الحنفية على أنه إذا تزوج إحداهما بعد الأخرى جاز زواج الأولى وفسد زواج الثانية وعليه أن يفارقها أو يفرق القاضي بينهما، فإن فارقها قبل الدخول فلا مهر ولا عدة ولا تثبت بينهما حرمة المصاهرة ولا النسب ولا يتوارثان، وإن فارقها بعد الدخول فلها المهر وعليها العدة ويثبت النسب ويعتزل من امرأته حتى تنقضي عدة أختها. وإذا كان الحكم المطعون فيه قد جرى في قضائه على اعتبار عقد زواج الثانية باطلا ولا يثبت به نسب، فإنه يكون قد خالف القانون وأخطأ في تطبيقه...».

الأمر بالجمع بين أم وبنتها، فيضاف إلى ذلك تأبيد التحريم في المذهب المالكي، بالشكل السابق بيانه[208]، تطبيقا للقاعدة التي تقضي بأنه:

«العقد على البنات يحرم الأمهات والدخول بالأمهات يحرم البنات».

وفي رواية أبي داود:

«لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها، لا الصغرى على الكبرى ولا الكبرى على الصغرى».

وأراد بالصغرى ابنة الأخ وابنة الأخت، وبالكبرى العمة والخالة، ولم يرد صغر السن وكبره إذ قد تكون ابنة الأخ أكبر من عمتها مثلا[209].

ورغم تحريم الزواج الثاني، فإن حملت ثبت النسب من الزوج في الفقه المالكي، على ما سنفصله لاحقا.

سادسا ـ الزواج بالخامسة حالة وجود أربع في العصمة:

يباح للرجل شرعا أن يجمع في عصمته ـ وفي ذات الوقت ـ زوجات أربع، ليس بينهن قرابة محرمية من نسب أو رضاع، ويحرم عليه أن يجمع في عصمته أكثر من هذا العدد بأي وجه من الوجوه.

فقد جاء في كتاب الله تعالى:

- نقض مدني صادر في 28 أبريل 1965، طعن 2س 33ق. (أشار إليه أنور طلبه في كتابه حول مجموعة المبادئ القانونية التي قررتها محكمة النقض منذ إنشائها سنة 1931 حتى 2002، دار الكتب القانونية، مصر، المحلة الكبرى، 2004، ص. 214).

208 - يقول الشيخ خليل "وفسخ نكاح ثانية".

جاء في كتاب مواهب الجليل للحطاب:

«أي قامت عليها البينة أنها ثانية وادعى ذلك الزوج وصدقت هي على ذلك، فإن فسخ قبل الدخول، فلا مهر وإن فسخ بعد الدخول فلها المسمى وأما الأولى فنكاحها صحيح دخل بها أو لم يدخل...».

- م.س، المجلد الثالث ص 463 وما بعدها.

وإذا انعدمت البينة فيفسخ النكاحان، ولا تحريم إلا في حالة الأم وابنتها.

وقد تطرق الفقهاء إلى جمع المحرمين من خلال عقد واحد وهي فرضية يصعب تطبيقها عمليا وإن حدث فيفسخ النكاحان بلا طلاق.

انظر لمزيد من الإيضاح:

- الحطاب، م.س، ص 463 وما بعدها.

209 - الجويني، م.س، ج. 12، ص. 223 و224.

﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة﴾[210].

وفي السنة، قال رسول الله ﷺ، لغيلان الثقفي لما أسلم، وقد كان له في الجاهلية عشرة نسوة:

«أمسك أربعا، وفارق سواهن»[211].

وقد روي عن قيس بن الحارث أنه قال: أسلمت وعندي ثماني نسوة فجئت النبي ﷺ فذكرت له ذلك، فقال:

«اختر منهن أربعا»[212].

ونستنتج مما سبق أن من جمع بين أربع زوجات يحرم عليه أن يتزوج بخامسة تحريما مؤقتا حتى ينتهي زواجه من إحداهن إما بالموت وإما بالطلاق البائن. فإذا ما خالف قاعدة التحريم هذه، كان العقد على الخامسة فاسدا يجب عليه أن يفارقها، فإن لم يفعل فرق القاضي بينهما[213].

ومن المعلوم أنه متى طلق الزوج إحدى زوجاته الأربع وكان هذا الطلاق رجعيا، امتنع عليه شرعا أن يتزوج بأخرى إلى حين انقضاء عدة المطلقة رجعيا منه، مادام أن هذا النوع من الطلاق لا ينهي آثار العلاقة الزوجية على ما سوف نرى لاحقا، وإلا اعتبر متزوجا بخامسة.

وقد اعتبرت المادة 39 من مدونة الأسرة أن من بين أسباب التحريم المؤقت.

«2 - الزيادة في الزوجات على العدد المسموح به شرعا».

غير أن مدونة الأسرة لم تكتف بهذا المقتضى، وإنما قيدت التعدد بواسطة المواد الموالية، أي من 40 إلى 46، بالكيفية التي سنوضحها لاحقا من خلال المطلب الموالي.

---

210 - الآية 3 من سورة النساء.

211 - رواه أحمد وأبو داود.

212 - رواه أحمد والترمذي وابن ماجة.

213 - والزواج بالخامسة من الحالات التي يجتمع فيها الحد والنسب في الفقه المالكي، ومعنى ذلك أن من يتزوج بخامسة ويدخل بها، وهو عالم بتحريمها يحد، ولكن الحمل يلحق به إذا ما حملت الزوجة الخامسة منه.
- ميارة الفاسي، مرجع سابق، ص 172.

سابعا - بطلان زواج المحرم بحج أو بعمرة:

سكتت مدونة الأسرة - وقبلها مدونة الأحوال الشخصية - عن تحريم زواج المحرم بحج أو بعمرة، رغم أن الأمر يتعلق بقاعدة شرعية تسود في المذهب المالكي ولدى جمهور الفقهاء.

فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يصح إبرام عقد الزواج إلا إذا كان كل من الزوج والزوجة والولي حلالا. فإن كانوا جميعهم أو كان أحدهم في حالة إحرام، فإنه لا يصح إبرام عقد الزواج[214]. واستدلوا لموقفهم هذا بما جاء في صحيح مسلم عن عثمان بن عفان رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ وسلم قال:

«لا يَنكح المحرم ولا يُنكح ولا يخطب» رواه مسلم[215].

وفي الأثر، ما روي عن عبد الله بن عمر أنه كان يقول: لا ينكح المحرم ولا يخطب على نفسه ولا على غيره، وما روي عن علي بن أبي طالب أنه قال: لا يجوز نكاح المحرم وإن نكح نزعنا منه امرأته[216].

ومن حيث المنطق والعقل، فالإحرام للحج أو للعمرة هو عبادة تمنع الوطء والطيب، فوجب أن تمنع عقد النكاح كذلك، من باب أولى وأحرى[217].

وهذا الرأي هو المعول عليه في مذهب الإمام مالك، إذ يقول الشيخ خليل في هذا الصدد:

«وَمَنَعَ إحرام من أحد الثلاثة»[218].

---

214 - فمثلا يقول الإمام أحمد بن حنبل:
«إذا عقد المحرم نكاحا لنفسه أو لغيره أو عقد نكاحا لمحرم أو على محرمة فالنكاح فاسد».
- ابن قدامة، المغني، م.س.، ص. 578.

215 - روي هذا الحديث من طرق متعددة أخرى. غير أن بعضها لم ترد فيه عبارة «ولا يخطب».
وانظر من أجل التوسع:
- الإمام بدر الدين العيني، م.س.، المجلد 10، ص. 308 وما بعدها.
- وراجع حول من أقر بصحة هذا الحديث ومن عارضه وسند كل فريق:
- ابن قيم الجوزية، زاد المعاد في هدي خير العباد، م.س.، ص. 294 وما بعدها.

216 - أبو الوليد سليمان بن خلف الباجي، المنتقى شرح الموطأ، الجزء الثاني، مطبعة السعادة، ص 238 و239.

217 - الباجي، م.س، بنفس الموضع.

218 - إذا كان أحد الزوجين أو الولي محرما بحج أو عمرة فالعقد باطل مفسوخ قبل الدخول ولا صداق فيه للمرأة ويفسخ أيضا بعد الدخول بطلاق ولها الصداق المسمى أو صداق المثل (رهوني 224/3، حاشية بناني 34/2 - 51، الزرقاني 244/3).

والمقصود بالإحرام، الإحرام للحج أو للعمرة والمقصود بالثلاثة الزوج والزوجة ووليها[219].

وقد نصت على هذه القاعدة العديد من التشريعات العربية، ومن ذلك مثلا ما نصت عليه المادة 25 من قانون الأسرة القطري (2006/22) وقد جاء فيها:

«يحرم بصفة مؤقتة:

...

5 ـ المحرمة بحج أو عمرة».

وقال أبو حنيفة يصح الزواج في الإحرام، مستندا في ذلك إلى حديث ابن عباس من أن رسول الله ﷺ: «نكح ميمونة وهو محرم».

وهو حديث ثابت النقل خرجه أهل الصحاح، معارض للحديث الأول الذي اعتمده جمهور الفقهاء، وإن كانت ميمونة نفسها محل الحديث الأخير قد أقرت بأن رسول الله ﷺ قد تزوجها وهو حلال[220].

أخرجها محمد العلوي العابدي، م.س، ص 60، رقم 283.

ويزيد الخرشي موقف الفقه المالكي وضوحا وهو يشرح متن الشيخ خليل: « ومنع إحرام من أحد الثلاثة ».

« يعني أن الإحرام الكائن من أحد الثلاثة وهم الزوج والزوجة والولي يمنع من صحة عقد النكاح، فلا يقبل زوج ولا تأذن زوجة ولا يوجب ولي محرمون ولا يوكلون ولا يجيزون إلى إتمام الإحلال بالرمي والطواف والسعي في الحج والعمرة».

ـ م.س، الجزء الرابع، ص. 166.

219 - الآبي الأزهري، م.س، الجزء الأول، ص. 281 و282.

220 - رواه مسلم.

وقال بعضهم تزوجها وهو حلال، وظهر أمر تزوجها وهو محرم، ثم بنى بها وهو حلال بسرف في طريق مكة.

ـ انظر السيد سابق، م.س، ص 91.

يقول ابن رشد في بداية المجتهد ونهاية المقتصد بعد أن أورد الحديثين أعلاه.

«... ومن رجح حديث ابن عباس أو جمع بينه وبين حديث عثمان بن عفان بأن حمل النهي الوارد في ذلك على الكراهية قال ينكح وينكح وهذا راجع إلى تعارض الفعل والقول والوجه الجمع أو تغليب القول...».

ـ م.س، ص 35.

ويوضح أحد الفقهاء المعاصرين ما سبق أن أجمله ابن رشد في بداية المجتهد ونهاية المقتصد قائلا:

«... على أن ما رواه ابن عباس واستمسك به المجيز معارض بما رواه عثمان بن عفان الذي استمسك به الجمهور وبين الروايتين فرق لأن حديث ابن عباس رواية فعل، وحديث عثمان رواية قول، واعتمد الأصوليون تقديم القول إذا عارضه الفعل معللين ذلك بأن القول يتعدى إلى الغير، وهو موضوع لبيان المراد، بخلاف الفعل فإنه فيه احتمالات منها أنه قد يكون مقتصرا على الفاعل، ويحتمل أن يكون من خصائصه دون غيره...».

ـ أحمد محمد الطليفي الشبلي، عقود الزواج الفاسدة في الإسلام، طرابلس، ليبيا، 1983، ص. 98.

وقد رجح ابن القيم حديث عثمان على حديث ابن عباس، لأن الأول يعبر عن قول والثاني يعبر عن فعل[221].

المطلب الثالث : أحكام تعدد الزوجات في القانون المغربي

تمهيد:

أشار المشرع إلى التعدد ضمن حالات التحريم المؤقت، ربما للقيود الصارمة التي أخضعه لها.

ويقصد بالتعدد في اللغة الإكثار[222].

ويقصد بالتعدد في الاصطلاح الإكثار من الزوجات في إطار الحد المسموح به شرعا.

نظم المشرع المغربي إجراءات التعدد والقيود الواردة عليه ضمن الباب الذي خصصه للموانع المؤقتة من الزواج، وبالضبط في المواد من 40 إلى 46 من مدونة الأسرة، بالإضافة إلى البند الثاني من المادة 39 من ذات المدونة، مع العلم أن التعدد لا يندرج شرعا في باب المحرمات على ما سبق لنا توضيحه في المطلبين السابقين.

يجد تعدد الزوجات سنده في كتاب الله وفي سنة رسوله صلى الله عليه وسلم، قبل تقنينه بالقوانين الوضعية التي ترتبط بالشريعة الإسلامية، ومن ضمنها القانون المغربي، سواء الملغى أو الحالي.

---

221 - م.س، ص. 296.

222 - ابن منظور، م.س، الجزء الثاني، ص. 2525 و2526.

وتتحدث كتب التاريخ وكتب علم الاجتماع عن عدة أنماط من التعدد، منها ما ساد ثم باد، ومنها ما يزال موجودا، ومنها ما انقرض ولكن بعض آثاره ما زالت باقية. فهناك:

1 ـ وحدة الزوجة مع تعدد الأزواج La polyandrie .

2 ـ وحدة الزوج مع تعدد الزوجات La polygynie .

ويطلق على هذين النوعين معا La polygamie .

3 ـ وحدة الزوج والزوجة La monogamie .

4 ـ تعدد الأزواج والزوجات معا Le mariage par groupes .

5 ـ الشيوعية الجنسية La promiscuité .

وهي أن يكون جميع النساء في مجتمع ما حقا مشاعا لجميع رجاله.

وانظر حول الموضوع:

ـ د. علي عبد الواحد وافي، قصة الزواج والعزوبة في العالم، دار النهضة بالقاهرة، (ت.ط.غ.م)، ص. 41 وما بعدها.

أولا- السند الشرعي للتعدد:

1- في الكتاب:

يقول الله تبارك وتعالى في كتابه العزيز:

أ- ﴿وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى ألا تعولوا﴾.[223]

لقد جاء الإسلام فوجد الرجال في الجزيرة العربية يتزوجون ما شاءوا من النساء

---

223 - الآية 3 من سورة النساء.

جاء في تفسير القرآن العظيم لابن كثير بشأن شرحه لهذه الآية الكريمة:

«... قال البخاري: حدثنا عبد العزيز بن عبد الله، حدثنا إبراهيم بن سعد عن صالح بن كيسان عن ابن شهاب قال: أخبرني عروة بن الزبير أنه سأل عائشة عن قول الله تعالى ﴿وإن خفتم ألا تقسطوا في اليتامى﴾ قالت: يا ابن أختي هذه اليتيمة تكون في حجر وليها تشركه في ماله ويعجبه مالها وجمالها، فيريد وليها أن يتزوجها بغير أن يقسط في صداقها فيعطيها مثل ما يعطيها غيره، فنهوا أن ينكحوهن إلا أن يقسطوا إليهن، ويبلغوا بهن أعلى سنتهن في الصداق، وأمروا أن ينكحوا ما طاب لهم من النساء سواهن. قال عروة: قالت عائشة: وإن الناس استفتوا رسول الله ﷺ بعد هذه الآية فأنزل الله ﴿ويستفتونك في النساء﴾ (النساء: 127) قالت عائشة: وقول الله في الآية الأخرى ﴿وترغبون أن تنكحوهن﴾ (النساء: 127) رغبة أحدكم عن يتيمته إذا كانت قليلة المال والجمال، فنهوا أن ينكحوا من رغبوا في ماله وجماله من يتامى النساء إلا بالقسط من أجل رغبتهم عنهن إذا كن قليلات المال والجمال. وقوله: ﴿مثنى وثلاث ورباع﴾ أي انكحوا ما شئتم من النساء سواهن إن شاء أحدكم اثنتين وإن شاء ثلاثا وإن شاء أربعا... فمن هذه الآية كما قال ابن عباس وجمهور العلماء، لأن المقام مقام امتنان وإباحة، فلو كان يجوز الجمع بين أكثر من أربع لذكره. قال الشافعي: وقد دلت سنة رسول الله ﷺ المبينة عن الله أن لا يجوز لأحد غير رسول الله ﷺ أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة، وهذا الذي قاله الشافعي رحمه الله مجمع عليه بين العلماء إلا ما حكي عن طائفة من الشيعة أنه يجوز الجمع بين أكثر من أربع إلى تسع. وقال بعضهم بلا حصر. وقد يتمسك بعضهم بفعل رسول الله ﷺ في جمعه بين أكثر من أربع إلى تسع كما ثبت في الصحيحين، وأما إحدى عشرة كما جاء في بعض ألفاظ البخاري؛ وقد علقه البخاري وقد روينا عن أنس أن رسول الله قد تزوج بخمس عشرة امرأة، ودخل منهن بثلاث عشرة، واجتمع عنده إحدى عشرة، ومات عن تسع. هذا عند العلماء من خصائصه دون غيره من الأمة لما سنذكره من الأحاديث الدالة على الحصر في أربع...»

- م.س، الجزء الأول، ص 430 و431.

ولأخذ فكرة عن زوجات النبي ﷺ وعن عددهن، ومن طلقهن ومن تزوجها ولم يدخل بها ومن خطبها ولم يتزوجها، راجع:

- القرطبي، مختصر القرطبي، م.س، المجلد الثالث، ص. 464 وما بعدها.

انظر شرح الآية 28 و29 من سورة الأحزاب.

وانظر كذلك:

- الجويني، م.س، المجلد.

دون حصر، فوضعت الشريعة للتعدد حدا يتوقف عند أربع، وجعل له شرطا جوهريا أساسيا هو العدل بين الزوجات، وهو ما يستفاد من صريح الآية الكريمة أعلاه.

والاقتصار على أربع نسوة - والمستفاد من الآية الكريمة السابقة - هو الذي عليه إجماع علماء الأمة إلا ما حكي عن طائفة من الشيعة أو الظاهرية التي تجاوزت ذلك العدد عن طريق فهم خاطئ للآية الكريمة أعلاه، لأنه وبكل بساطة فهم لم تؤيده السنة النبوية الشارحة لكتاب الله[224] على ما سنوضحه بعد حين.

ب- ﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة﴾.[225]

---

224 - حول هذا الموقف، انظر:

- محمد مصطفى شلبي، م.س، ص 233 وما بعدها.

يقول أبو زهرة موضحا من يخالف رأي الجمهور في المسألة:

«وعدم جواز الجمع بين أكثر من أربع هو رأي جمهور الفقهاء ولم يخالفهم إلا من لا يفيد بخلافه عند جماعة المسلمين:

وقد خرج أولئك الشذاذ بثلاثة أقوال:

أولها - أن بعضهم ادعى أن الإسلام يبيح التعدد إلى عدد غير محدد، وزعموا أن قوله تعالى:

﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾.

لا يفيد التقيد بعدد محدود، بل الآية تفيد الإباحة المطلقة في العدد، وأن مثنى وثلاث ورباع ليست لتعيين العدد، بل هي كما يقول شخص لشخص افعل ما شئت، اذهب إلى السوق، أو الحديقة، أو اشرب الكأس واحدة، أو اثنين، أو ثلاثا، أو أربعا، وقد حكى هذا القول فخر الدين الرازي في تفسيره الكبير، وسمى من قالوه «قوما سدى» أي ضائعين في تفكيرهم.

ثانيها - قول بعض الشيعة: «إن الحل محدود بتسع، وقد زعموا أن قوله تعالى:

﴿مثنى وثلاث ورباع﴾.

يفيد ذلك، إذ الواو تفيد الجمع، ومجموع هذه الأعداد تسع، وزكوا ذلك الفهم بأن النبي ﷺ جمع بين تسع.

ثالثها - قول بعض أهل الظاهر إن العدد الذي يباح هو ثماني عشرة. وقالوا إن معنى ﴿مثنى وثلاث ورباع﴾، اثنان اثنان، وثلاث وثلاث وأربع أربع، وزعموا أن الواو للجمع، فيكون الجمع ثماني عشرة.

ولقد وصف القرطبي هذه الأقوال كلها بقوله: «وهذا كله جهل باللسان والسنة، ومخالفة لإجماع الأمة، وحجة الجمهور في أن الآية تفيد التقيد بأربع:

إن مثنى وثلاث ورباع معدولة عن اثنين وثلاثا وأربع، ولهذا يكون للتكرار، فمعنى جاء الخيل مثنى جاءوا جماعة اثنين اثنين، وجاءوا ثلاث أي جاءوا جماعات ثلاثا ثلاثا.

فمعنى الآية أن لجماعة العاقلين من الأمة أن يتزوجوا معددين جامعين اثنين، أو جامعين ثلاثا، أو جامعين أربعا، ولم تزد الإباحة على ذلك، فاقتصرت على أربع. (2) ولأن العطف على نية تكرار العامل، فمعنى الآية: انكحوا اثنين اثنين، وانكحوا أربعا أربعا، إلخ... فالمراد بالعطف جمع الفعل لا جمع العدد...».

- الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس، ص. 17 وما بعدها.

225 - الآية 129 من سورة النساء.

لقد بين الله سبحانه وتعالى في الآية الثالثة من سورة النساء أن التعدد مشروط بالعدل، وفي غيابه يجب الاقتصار على زوجة واحدة، والعدل هنا - على ما بينه علماء الأمة - يتعلق بالأمور الظاهرة المادية من نفقة ومسكن ومأكل وتطبيب ومبيت وقسم ومساواة بين الأولاد وكلمة طيبة، دون الميل القلبي الذي يخرج عن طاقة الإنسان العادية[226].

وهكذا، فمع عدم العدل بين الزوجات يمنع التعدد شرعا.

ويجمع المفسرون على أن هذه الآية الأخيرة تتعلق بالعدل في الميل القلبي - أي المحبة - وهو ما لا يستطيع الإنسان أن يعدل فيه لأنه لا يتحكم في ميول مشاعره[227]. ولأن رسول الله ﷺ كان أكثر ميلا إلى زوجته عائشة أكثر من ميله إلى زوجاته الأخريات، فقد كان يعدل في الأمور المادية وفي القسم بينهن فقط. وفي هذا الصدد فهو يقول ﷺ :

«اللهم هذا قسمي فيما أملك، فلا تلمني فيما تملك ولا أملك»[228].

---

226 - ابن كثير، م.س، ص 432.

فبخصوص هذه الآية: «أخبر الله تعالى بنفي الاستطاعة في العدل بين النساء وذلك في ميل الطبع بالمحبة والجماع والحظ من القلب. فوصف الله تعالى حالة البشر وأنهم بحكم الخلقة لا يملكون ميل قلوبهم إلى بعض دون بعض، ولهذا كان عليه السلام يقول: «اللهم إن هذه قسمتي فيما أملك فلا تلمني فيما تملك ولا أملك»، ثم نهى فقال: "فلا تميلوا كل الميل". قال مجاهد: لا تتعمدوا الإساءة، بل الزموا التسوية في القسم والنفقة لأن هذا مما يستطاع... وروى قتادة عن النضر بن أنس عن بشير بن نهيك عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ :«من كانت له امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقه مائل...».

- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج. 5، ص. 407.

يقول السيد قطب بشأن شرح الآية 129 من سورة النساء:

«إن الله الذي فطر النفس البشرية، يعلم من فطرتها أنها ذات ميول لا تملكها ومن ثم أعطاها لهذا الميول خطامه نظاما لينظم حركتها فقط، لا ليعدمها ويقتلها.

من هذه الميول، أن يميل القلب إلى إحدى الزوجات ويؤثرها على الأخريات فيكون ميله إليها أكثر من الأخرى أو الأخريات. وهذا ميل لا حيلة له فيه، ولا يملك محوه أو قتله... فماذا؟ إن الإسلام لا يحاسبه على ما لا يملكه، ولا يجعل هذا إثما يعاقب عليه، فيدعه موزعا بين ميل لا يملكه وأمر لا يطيقه! بل إنه يصارح الناس بأنهم لن يستطيعوا أن يعدلوا بين النساء - ولو حرصوا - لأن الأمر خارج عن إرادتهم. ولكن هناك ما هو داخل في إرادتهم. هناك العدل في المعاملة. العدل في القسمة. العدل في النفقة. العدل في الحقوق الزوجية كلها، حتى الابتسامة في الوجه، والكلمة الطيبة باللسان... وهذا ما هم مطالبون به...».

- في ظلال القرآن، الجزء الثاني، م.س، ص 541.

227 - الطبري، م.س، المجلد الثالث، (الجزءان 3 و4)، ص. 241 وما بعدها.

228 - أخرجه أبو داود وابن ماجه والنسائي في السنن.

ولعل ما يوضح مدى حب الرسول ﷺ لعائشة رضي الله عنها، ما رواه عمر رضي الله عنه:

وقد ورد في الذكر الحكيم:

﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾[229].

وكان ميل رسول الله ﷺ إلى زوجته عائشة مشهورا عند الصحابة رضي الله عنهم حتى أن الناس كانوا يحسبون ليلة وينتظرون ليلتها. فمن أراد أن يهدي إلى رسول الله ﷺ هدية، كان يهديها له في ليلة عائشة، فشق ذلك على صواحبها - أي زوجاته الأخريات - فأتين فاطمة وشكون إليها وحملتها رسالة فبلغتها، فقال: «ألا تحبين ما يحب أبوك، إن جبريل لا يأتيني وأنا في فراشي سوى فراش عائشة». وكان لرسول ﷺ تسع نسوة، وهو يقسم لثمان منهن، فإن سودة طلقها رسول الله ﷺ فقالت: راجعني لأحشر في جملة نسائك، وقد وهبت ليلتي لعائشة فراجعها[230] وقيل: أمره الله بها، فقال: «راجع سودة فإنها صوامة قوامة»[231].

2- في السنة:

لقد سبق القول إن بعض الطوائف من الشيعة والظاهرية بالخصوص، قد فسرت آية التعدد تفسيرا يخرج به عن العدد الواضح والمستفاد من الآية الكريمة أعلاه.

وقد جاءت السنة النبوية القولية لتزيد الآية وضوحا على مستوى العدد المسموح به على وجه الخصوص.

«... كنا معشر المهاجرين متسلطين على نسائنا بمكة، وكانت نساء الأنصار مسلطات على رجالهن، فلما قدمنا المدينة اختلطت نساؤنا بنسائهن فطفقن يتخلقن بأخلاقهن، فكلمت امرأتي ذات يوم في شيء، فراجعتني، فرفعت يدي لأضربها، وقلت لا تراجعيني يا لكعاء، فقالت، إن نساء رسول الله ﷺ يراجعنه، وهو خير منك، فقلت: خابت حفصة وخسرت إذا. فجمعت ثيابي وقمت، فأتيت حفصة، فقلت لها: أتراجعين رسول الله ﷺ ، قالت: نعم. إن رسول الله ﷺ يظل على بعض نسائه طول نهاره مغضبا، فقلت لها: لا تفعلي ذلك ولا تغتري بابنة أبي قحافة، فإنها حب النبي ﷺ ، يحتمل منها ما لا يحتمل منك...».

- الجويني، الجزء 12، ص. 8 و9، وقد اعتمد المرجع الآتي:

- أثر عمر رضي الله عنه، متفق عليه من حديث ابن عباس رضي الله عنهما (ر. اللؤلؤ والمرجان: 2/115 – 120، ح 944، 945).

229 - الآية 285 من سورة البقرة.

230 - رواه أبو داود ومسلم.

231 - وانظر حول الموضوع:

- الجويني، م.س، ج. 13، ص. 227.

أ- فقد أخرج مالك في الموطأ والنسائي والدارقطني في سننهما أن النبي ﷺ قال لغيلان بن أمية الثقفي، وقد أسلم وتحته عشر نسوة:

«أمسك منهن أربعا وفارق سائرهن».

ب- وقد روي عن حارث بن قيس الأسدي أنه قال: «أسلمت وعندي ثماني نسوة فجئت النبي ﷺ فذكرت له ذلك فقال:

« اختر منهن أربعا» أخرجه أحمد والترمذي وابن ماجه.

ج- أخرج أبو داود بإسناده أن عميرة الأسدي قال: « أسلمت وعندي ثماني نسوة فذكرت ذلك للنبي ﷺ فقال:

« اختر منهن أربعا».

د- وقال ﷺ لنوفل بن معاوية الديلمي وقد أسلم وعنده خمس نسوة:

«اختر أربعا أيتهن شئت وفارق الأخرى» أخرجه الشافعي في مسنده.

والظاهر أن هذه الأحديث مجتمعة تزيد الآية الثالثة من سورة النساء توضيحا وتحديدا، وتبطل من يخالف ظاهر تلك الآية.

ثانيا- موقف الفقهاء من طبيعة التعدد:

أجمع الفقهاء المسلمون كقاعدة عامة على أن التعدد، وانطلاقا من كتاب الله وسنة رسوله، محدود في أربع نسوة، وهو عدد لا يمكن مطلقا للفرد المسلم أن يتجاوزه -وبأي حال من الأحوال[232]-، وأن التعدد -إن حصل- مشروط بالعدل في الأمور الظاهرة وعدم الميل كلية في المحبة القلبية.

والتعدد، هل هو قاعدة مباحة للكافة أم مجرد استثناء؟ هناك موقفان:

1 – فهناك فريق أول يبيح التعدد في حدود أربع نسوة، ولو لم تكن هنالك ضرورة تقتضيه، يشترط فقط مراعاة العدل بينهن فيما أوجبه الشرع، مع القدرة على الإنفاق عليهن وعلى أولادهن جميعا.

وهناك فريق ثان يذهب إلى جواز التعدد مع تقييده بضرورة تقتضيه، بالإضافة إلى شرط العدل والقدرة على الإنفاق، وقد عبر الشيخ محمد عبده عن هذا الموقف بالقول:

---

232 – وهو ما كرسته المادة 39 من مدونة الأسرة (البند الثاني).

«من يتأمل الآيتين يجد أن إباحة التعدد في الإسلام أمر مضيق فيه أشد التضييق كأنه ضرورة من الضرورات التي تباح لمحتاجها بشرط الثقة بإقامة العدل والأمن من الجور ذلك أن الشريعة عندما سمحت بالاقتران بأربع نسوة فإنما لم تفعل ذلك لكي يقضي الرجل شهواته فيمن شاء، بل كانت هذه الإباحة محددة بفكرة العدل[233].

وكان الملحوظ فيها أن تكون لدواع خاصة تضطر الرجل إلى اتخاذ زوجات أخر، أما في الشريعة الإسلامية فهو أن تكون الزوجة واحدة».

وقد كان لموقف محمد عبده هذا - والذي دافع عنه بعض تلاميذه من بعده - أثر بالغ على بعض قوانين الأحوال الشخصية للدول العربية، حيث تم اعتماد هذا الرأي أو ذاك[234].

ثالثا - التعدد في تقنينات الدول العربية:

بالتمعن الجيد في مختلف تقنينات الدول العربية للأحوال الشخصية، نستنتج منها التصنيف الآتي:

1 - السماح بالتعدد دون أي قيد أو شرط:

إن عدم ربط التعدد بأي شرط يقيده هو موقف أغلب قوانين دول الخليج العربي، ومن ذلك القانون السعودي والقانون اليمني والقانون الكويتي والقانون

---

233 - الآية 285 من سورة البقرة.

ومن أجل التوسع في موضوع تعدد الزواج شرعا، راجع:

- كريمة عمر عبود، تعدد الزوجات بين الإباحة والحظر في الشريعة الإسلامية، المنشأة العامة للنشر والتوزيع والإعلان، طرابلس، ليبيا، 1984.

234 - محمد عبده، المسلمون والإسلام، دار الهلال (بدون تاريخ)، تحقيق طاهر الطناجي، ص. 95 وما بعدها.

انظر حول دروس الشيخ محمد عبده بخصوص تقييد التعدد:

- محمد رشيد رضا، تفسير المنار، دار الفكر (بدون تاريخ، الجزء الرابع، ص. 344 وما يليها.

وفي هذا الصدد، لا يمكن تجاهل أفكار قاسم أمين التي تلتقي مع أفكار الشيخ محمد عبده بالنسبة للموضوع، لدرجة أنهما كتبا كتابا مشتركا سمياه تحرير المرأة.

انظر كذلك:

- محمد عمارة، الأعمال الكاملة لقاسم أمين، دار الشروق، 1989، ص. 121 وما بعدها.

الإماراتي والقانون القطري، فمثلا فقد نصت المادة 25 من هذا القانون الأخير على أنه:

« يحرم بصفة مؤقتة:

...

2 ـ الجمع بين أكثر من أربع نسوة ولو كانت إحداهن في عدة ».

2 ـ السماح بالتعدد دون أي قيد أو شرط إلا إعلام الزوجتين إن كان هنالك شرط:

هذه قاعدة نصت عليها المادة 45 من قانون الأحوال الشخصية الموريتاني الصادر في 19 يوليوز 2001، وقد جاء فيها ما يلي:

«يسمح بتعدد الزوجات إذا توفرت شروط ونية العدل ويتم ذلك بعد علم كل من الزوجة السابقة واللاحقة إن كان ثمة شرط».

ومن الملاحظ أن المشرع الموريتاني لم يؤيد قاعدة الإعلام بأي جزاء قانوني ومن ثمة نقول ـ نظريا على الأقل ـ إنه يلتحق بالمشرعين المبيحين للتعدد دون أي قيد أو شرط، اللهم نية العدل والمفروضة بالنص القرآني.

3 ـ وجوب الكشف عن هوية الزوج لإعلام الزوجة بالتعدد وإلا عُد ذلك ضررا في حقها:

رغم أن تقييد التعدد هو في حقيقته وليد مفكرين مصريين، فإن أقصى ما قرره المشرع المصري في هذا الصدد، ما نصت عليه المادة 6 مكرر أولا التي أضيفت إلى القانون المصري للأحوال الشخصية سنة 1979 وقد جاء فيها أنه:

«على الزوج أن يقدم للموثق إقرارا كتابيا يتضمن حالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجا فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته وقت العقد الجديد ومحل إقامتهن وعلى الموثق إخطارهن بالزواج بكتاب موصى عليه.

ويعتبر إضرارا بالزوجة اقتران زوجها بأخرى بغير رضاها ولو لم تكن قد اشترطت عليه في عقد زواجها عدم الزواج عليها وكذلك إخفاء الزوج على زوجته الجديدة أنه متزوج بسواها.

ويسقط حق الزوجة بطلب التفريق بمضي سنة من تاريخ علمها بقيام السبب الموجب للضرر ما لم تكن قد رضيت بذلك صراحة أو ضمنا ».

غير أن هذه القاعدة كانت محل طعن أمام المحكمة الدستورية التي قالت بعدم دستوريتها وبالتالي، فقد تم إلغاؤها بقرار 4 ماي 1979، حيث لم يعد لها وجود في التشريع المصري.

4 ـ وجوب إثبات المبرر الشرعي للتعدد والقدرة على الإنفاق:

يعد القانون السوري للأحوال الشخصية أول قانون عربي اشترط من أجل السماح للزوج بالتعدد إثبات مبرر شرعي لذلك بالإضافة إلى القدرة على الإنفاق. وهكذا فقد نصت المادة 17 من هذا القانون على ما يلي:

« للقاضي ألا يأذن للمتزوج بأن يتزوج على امرأته إلا إذا كان لديه مسوغ شرعي وكان الزوج قادرا على نفقتهما ».

وسار المشرع الجزائري بدوره في ذات الاتجاه، وإن كان قد أعطى الاختصاص بمنح الإذن بالتعدد متى توفرت شروطه لرئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية[235].

وفي التشريع الجزائري يلزم الزوج بإعلام الزوجتين بالتعدد.

5 ـ تجريم خرق شروط التعدد:

اشترط المشرع العراقي مثله في ذلك مثل نظيره السوري والجزائري، من أجل إذن القاضي بالتعدد، إثبات الكفاءة المالية مع إثبات وجود مصلحة مشروعة تسمح بالتعدد، غير أنه أضاف مادة تقضي بما يلي :

« كل من أجرى عقدا بالزواج بأكثر من واحدة خلافا لما ذكر في الفقرتين 4 و5 يعاقب بالحبس مدة لا تزيد عن سنة أو بالغرامة بما لا يزيد على مائة دينار أو بهما معا»[236].

---

235 - تنص المادة 8 (أمر رقم 05–02 مؤرخ في 27 فبراير 2005) على ما يلي:
«يسمح بالزواج بأكثر من زوجة واحدة في حدود الشريعة الإسلامية متى وجد المبرر الشرعي وتوفرت شروط ونية العدل.
يجب على الزوج إخبار الزوجة السابقة والمرأة التي يقبل على الزواج بها وأن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية.
يمكن لرئيس المحكمة أن يرخص بالزواج الجديد إذا تأكد من موافقتهما وأثبت الزوج المبرر الشرعي وقدرته على توفير العدل والشروط الضرورية للحياة الزوجية».

236 - انظر حول هذا النص وكذلك نصوص عربية أخرى تتعلق بتعدد الزوجات.
- د. محمد أحمد سراج ود. محمد كمال إمام، أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية، دار المطبوعات الجامعية

وهكذا، فالمشرع العراقي لا يجرم التعدد في ذاته، وإنما يجرم عدم احترام شروطه التشريعية.

6 ـ تجريم التعدد والمعاقبة عليه جنائيا:

ينص الفصل 18 من مجلة الأحوال الشخصية التونسية على ما يلي:

«1 ـ تعدد الزوجات ممنوع.

2 ـ كل من تزوج وهو في حالة الزوجية وقبل فك عصمة الزواج السابق يعاقب بالسجن لمدة عام وبخطية قدرها مئتان وأربعون ألف فرنك (240 000 ف) أو بإحدى العقوبتين ولو أن الزواج لم يبرم وفق هذا القانون.

3 ـ ويعاقب بنفس العقوبات كل من كان متزوجا على خلاف الصيغ الواردة بالقانون عدد 3 لسنة 1957... والمتعلق بتنظيم الحالة المدنية.

4 ـ يعاقب بنفس العقوبات الزوج الذي يتعهد بإبرام عقد زواج مع شخص مستهدف للعقوبات المقررة بالفقرتين السابقتين»[237].

وقد قررت المحاكم التونسية بطلان الزواج الثاني. وهو لا يرتب على هذا الزواج أي أثر، إلا استحقاق الصداق وثبوت النسب بالدخول.

وعلى أية حال، ففي هذا الموقف تعطيل للنصوص الشرعية[238] وتقليد فردي

بالأسكندرية، 1995، ص. 129 وما بعدها.

237 - والظاهر أن الفصل 18 من القانون التونسي أعلاه قد اقتبس من المادة 433 ـ 20 من القانون الجنائي الفرنسي وقد جاء فيها:

– « Le fait pour une personne engagée dans les liens de mariage, d'en contracter un autre avant la dissolution du précédent, est puni d'un an d'emprisonnement et de 4500 euros d'amende ».

ويميز القضاء الفرنسي عادة بين التعدد الذي تم خارج فرنسا في بلد أجنبي يعترف به وهو يرتب كافة آثاره القانونية بفرنسا، والتعدد الذي تم في فرنسا وهو الذي تطبق بشأنه المادة 433 ـ 20 أعلاه، انظر في هذا الصدد:

– Civ. 19 février 1963, Clunet, 1963, 986, note Ponsard.

– Tr. Corr. Brest, 18 octobre 1949, S. 1950, 274.

– Tr. Corr. Paris, 8 avril 1987, Gaz, Pal. 1987, 2, 474, note Domingo.

238 - محمد الحبيب الشريف، مجلة الأحوال الشخصية (جمع وتعليق)، دار الميزان للنشر، سوسة، تونس، 2001، ص. 40.

راجع في ذات المرجع الاجتهادات القضائية التي أوردها المؤلف على هامش الفصل18 من مجلة الأحوال

لما يجري بالغرب[239].

ونتساءل عن الوضع في القانون المغربي الذي مر من هذا المجال بثلاث مراحل.

رابعا ـ التعدد في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة:

1 ـ ما بين سنة 1957 و1993:

لم يكن التعدد في هذه الفترة والتي تلت صدور مدونة الأحوال الشخصية الملغاة مقيدا بأي قيد، حيث كان للزوج المغربي أن يعدد زوجاته إلى حدود الأربع، على ما يستفاد من الفصل 29 من قانون الأحوال الشخصية الذي اكتفى بالإشارة فقط إلى أن من باب المحرمات حرمة مؤقتة:

«الزيادة في الزوجات على القدر المسموح به شرعا». وهي العبارة التي تتردد في قوانين الأحوال الشخصية لدول الخليج حاليا.

وقد أضاف البند الأول من الفصل 30 من نفس المدونة:

«1 ـ إذا خيف عدم العدل بين الزوجات لم يجز التعدد».

وإن هذا المقتضى الذي يخاطب ضمير الزوج كان مجرد توجه أخلاقي وديني يفتقر إلى الجزاء القانوني الذي يؤيده على المستوى القضائي.

الشخصية التونسية، م.س.، ص. 45 وما بعدها.

239 - بل لاحظ المنطق المقلوب الذي عبرت عنه محكمة التعقيب التونسية عندما قررت أنه:

«جريمة التزوج بثانية لا تستكمل ركنها المادي إلا إذا كان هناك زواج فعلي مشاهد قد استوفى مظاهره الخارجية وبرزت حالته مما يحمل على المعاشرة الزوجية. **أما مجرد العلاقة الخنائية فإنها لا تشكل زواجا وبالتالي لا تكون جريمة التزوج بثانية**».

وخنى خنوا في اللغة أفحش والمقصود بالعلاقة الخنائية علاقة الزنا.

ـ قرار تعقيبي جزائي مؤرخ في 26 أكتوبر 1970 نشرة محكمة التعقيب 1970، ق.ج، ص 217.

ومن أغرب ما اطلعنا عليه في هذا الصدد، القرار التعقيبي الآتي:

«إن تكرار الاتصال الجنسي بين الزوجة ورجل آخر في مسكن الزوجية وبمعية زوجها الشرعي يشكل جريمة التزوج بثان على غير الصيغ الشرعية وهي الجريمة المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 18 م.أ.ش أما المتهم الشارك فتتألف من فعلته جريمة الاقتران عرفيا موضوع الفقرة الثالثة من نفس الفصل».

ـ قرار تعقيبي جزائي مؤرخ في 27 يناير 1988، نشرة محكمة التعقيب. 1988. ق.ج، ص 122، ص 78.

وانظر حول الموضوع:

— Ali Lezghani, «Reflexions sur les relations du code du statut personnel avec le droit musulman classique», R.T.D, 1975, 2, p. 53 et suiv.

— Slim Krichen, «L'interdiction de la polygamie», mémoire de sciences criminelles. Tunis, 1979.

ـعلي حسين الفطناسي، تعدد الزوجات، دراسة مقارنة، م.ق.ت (مجلة القضاء والتشريع) 1984، ص55 وما يليها.

والعدل بهذا المفهوم هو السائد لدى علماء التفسير وأئمة المذاهب الفقهية الأربعة.

2 ـ بعد 10 شتنبر 1993:

من ضمن المستجدات التي جاء بها الظهير بمثابة قانون الصادر في 10 شتنبر 1993 المعدل والمتمم لبعض مقتضيات مدونة الأحوال الشخصية الملغاة ما تضمنه الفصل 30 منها وقد جاء فيه ما يلي:

«ـ يجب إشعار الزوجة الأولى برغبة الزوج في التزوج عليها والثانية التي يروم الزواج بها بأنه متزوج.

ـ للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها وإذا تزوج فأمرها بيدها.

ـ للمتزوج عليها إذا لم تكن اشترطت الخيار أن ترفع أمرها للقاضي لينظر في الضرر الحاصل لها.

ـ في جميع الحالات، إذا خيف عدم العدل بين الزوجات لا يأذن القاضي بالتعدد».

والجديد في هذا النص:

أ ـ إشعار الزوج الزوجة الأولى له بأنه سيتزوج عليها بأخرى، وإخبار الثانية بأنه متزوج بغيرها، مع العلم أن مخالفة هذه القاعدة لم يؤيدها المشرع بجزاء قانوني محدد[240]، حيث اعتبر من ثمة عبارة عن ضابط أخلاقي لا غير.

ب ـ طلب الإذن من القاضي الذي لا يسمح بالتعدد إلا إذا ظهر له أن الزوج سيعدل بين زوجاته، وهو إجراء يقتضي عمليا البحث في الوضعية المادية للزوج الراغب في التعدد لا غير.

ج – اعتماد شرط عدم الزواج الذي أخذ به متأخراو فقهاء المذهب المالكي[241].

د – التعدد يبرر طلب التطليق إن استتبعه ضرر.

---

240 - ورغم ذلك فقد اعتبر المجلس الأعلى أن الزواج بزوجة ثانية دون احترام مقتضيات الفصل 30 ضررا موجبا للتطليق. انظر في هذا الصدد:

ـ قرار المجلس الأعلى الصادر في فاتح أكتوبر 2003، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 61، ص 131 وما بعدها.

241 - ونذكّر بأن هذا الشرط صحيح عند الحنابلة، وقد أشرنا إلى أن المشرع المغربي تبنى موقف الحنابلة من الشروط الخاصة المضمنة بعقد الزواج.

ويَعدّ التدخل القضائي في مسطرة التعدد أهم ما جاء به المشرع في هذه الحقبة.

خامسا ـ التعدد في مدونة الأسرة:

قطع المشرع المغربي الحالي شوطا بعيدا في تقييد التعدد لدرجة اقترب به من المنع. فبالقراءة المتأنية للمواد من 40 إلى 46 من مدونة الأسرة نستخرج الأحكام الآتية:

1 ـ يمنع التعدد بكيفية مطلقة متى اشترطت الزوجة ذلك على زوجها:

أ ـ تنص المادة 40 من مدونة الأسرة على أنه:

«يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات، كما يمنع في حالة وجود شرط من الزوجة بعدم التزوج عليها».

وبغض النظر عن موقف الفقه الإسلامي من الشرط المنصوص عليه في المادة 40 أعلاه، فيمكن تأصيله بقاعدة العقد شريعة المتعاقدين المتعارف عليها شرعا وقانونا[242].

ب ـ تنص الفقرة الأولى من المادة 42 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«في حالة عدم وجود شرط الامتناع عن التعدد، يقدم الراغب فيه طلب الإذن بذلك إلى المحكمة».

وهكذا، فإذا اشترطت الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها، فإن عدم إمكانية التعدد تكون قد حسمت منذ البداية، إذ الزوج في هذه الحالة يمنع من التعدد مادام مرتبطا بالزوجة المستفيدة من الشرط[243]، إذ القاعدة أن المسلمين على شروطهم.

---

242 - راجع الفصل 230 من ق.ل.ع.

ورغم ذلك، فلم نعثر على فقه يسمح باشتراط عدم التعدد بالكيفية المنصوص عليها في مدونة الأسرة إنما المتداول في مصنفات الفقه مدى اشتراط شرط العصمة بالكيفية المنصوص عليها في الفقرة الثانية من الفصل 30 من مدونة الأحوال الشخصية الملغى وقد جاء فيها ما يلي:

«للزوجة أن تشترط على زوجها ألا يتزوج عليها وإذا تزوج فأمرها بيدها».

243 - وهذه مسألة تندرج في إطار العقد شريعة المتعاقدين وهي تندرج في عمومية الحديث الذي أخرجه البخاري ومسلم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال: «إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج».

ومن هذه الناحية، ففي حالة تأكد شرط عدم الزواج - أي عدم التعدد - فيجب على المحكمة أن تقضي بعدم قبول الطلب.

ولأن شرط عدم الزواج هو حق خالص للزوجة، فيجب عليها أن تتمسك به كما يمكن لها أن تتنازل عنه إن ارتأت ذلك، مادامت إرادتها حرة سليمة من كل ضغط أو إكراه، ومن ثمة فمن المفروض أنه ليس للمحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها أو تسأل الزوجة عنه.

2- شروط التعدد:

في غير الحالة السابقة التي يمتنع فيها التعدد لوجود شرط بذلك في عقد الزواج، يمكن للزوج أن يتزوج بزوجة ثانية بشروط دقيقة حددها المشرع، وتتمثل هذه الشروط بالأساس فيما يلي :

أ- طلب الإذن من المحكمة:

يستفاد من مضمون المواد التي تنظم التعدد في إطار مدونة الأسرة، أن على من يريد الزواج بزوجة ثانية، أن يقدم طلبا للإذن له بذلك إلى قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية المختصة مكانيا للنظر في هذا الطلب.

وحسب المادة 65 من مدونة الأسرة، فالإذن بالتعدد بالنسبة للمتزوج عنصر أساسي من عناصر ملف الزواج.

يقدم طلب الإذن إلى المحكمة وفق الإجراءات العادية التي تحكم الطلبات القضائية، كما ينظمها قانون المسطرة المدنية من خلال مقتضيات الفصل 31 وما يليه منه.

ب- إثبات المبرر الموضوعي الاستثنائي:

جاء في البند الأول من المادة 41 من مدونة الأسرة أنه:

«لا تأذن المحكمة بالتعدد:

- إذا لم يثبت لها المبرر الموضوعي الاستثنائي...»

فما المقصود إذن بالمبرر الموضوعي الاستثنائي؟

لم يحدد المشرع ذلك بكيفية واضحة، والمقصود في نظرنا هو ما لا تستقر

بغيره جوانب مادية أو معنوية من حياة الإنسان، ومن ذلك مثلا أن تكون الزوجة عاقرا، أو تنفر كثيرا من الاتصال الجنسي، أو ليست لها الرغبة فيه مطلقا، أو تصاب بمرض عضال يقعدها في الفراش، أو تصير الزوجة طاعنة في السن خلافا لزوجها الشاب أو تكون للزوج قوة جنسية جامحة، بحيث لا تكفيه زوجة واحدة.

والزوج هو المكلف بإثبات المبرر الموضوعي الاستثنائي، والمحكمة هي التي تقدره وتكيفه وهل هو فعلا مبرر موضوعي استثنائي يسمح بالتعدد أم لا؟ مع الإشارة إلى وجوب التضييق ما أمكن في ذلك التكييف، لأننا أمام رخصة تحمل طابع الاستثناء الذي يجب عدم التوسع في تفسيره.

ومتى تعلق المبرر الموضوعي بشخص الزوجة، كما لو ادعى الزوج أنها تنفر من العملية الجنسية[244]، فيجب استدعاؤها من جانب المحكمة قصد الاطلاع على حالها والاستماع إليها.

وسواء قبلت المحكمة المبرر الموضوعي الاستثنائي المدعى به أو رفضته، فيجب عليها أن تعلل موقفها سواء بالقبول أو بالرفض.

ومما تجب ملاحظته أن المشرع قد أشار إلى المبرر الموضوعي، ومن ثمة يجب استبعاد كل مبرر ذي طابع شخصي، كالمحبة القلبية والجوانب الإنسانية كالتعدد بسبب أن المرأة المراد التزوج بها لا معيل لها أو لأنها تعاني مصاعب صحية، أو لأن لها أولادا تحتاج إلى من يكفلهم ماديا ومعنويا.

ج- وجود الموارد الكافية لإعالة أسرتين:

بعدما ربط المشرع طلب الإذن بالتعدد بالمبرر الموضوعي الاستثنائي بالشكل الذي بيناه أعلاه، أضاف شرطا ثانيا من خلال البند الثاني من المادة 41 أعلاه الذي نص على ما يلي:

«لا تأذن المحكمة بالتعدد:

- .....

- إذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة».

---

244 - كما لو ادعى الزواج عقمها أو نفورها من الجماع أو إصابتها بمرض موت.

ويعبر هذا المقتضى عن التحري عن شرط العدل المادي بالكيفية التي يقتضيها مفهوم منطوق الآية الثالثة من سورة النساء، بحيث يجب على من يطلب الإذن بالتعدد أن يثبت بحجة تقنع المحكمة بأن له القدرة المالية الكافية لإعالة أسرتين كاملتين.

والظاهر أن إثبات شرط القدرة على إعالة أسرتين لا يطرح إشكالا كبيرا لأنه يعتمد على الوضعية الاقتصادية للزوج الراغب في التعدد. ويتم هذا الإثبات بشهادة تثبت دخل الفرد أو رقم معاملاته التجارية أو حجم ممتلكاته العقارية أو رصيده في البنك. وقد قررت المادة 42 من مدونة الأسرة أن يكون طلب الإذن بالتعدد مرفوقا بإقرار عن الوضعية المادية لمن يريد التعدد، وإلا وجب عدم قبول الطلب المقدم للمحكمة من طرفه.

ونعتقد أن وجود القدرة الكافية لإعالة أسرتين من أمور الواقع التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع، والتي يجب عليها أن تراعي ظروف الزمان والمكان أثناء ذلك التقدير، وهكذا فإن تأكّد المحكمة من توفر الشروط الموضوعية القانونية للتعدد، يستتبعه مباشرة الدخول في الإجراءات الموالية، وإلا وجب أن تحكم بعدم قبول الطلب المرفوع إليها.

ومن الملاحظ أن المشرع يتحدث عن الموارد المالية لإعالة أسرتين. فهل معنى ذلك أن التعدد لا يسمح به إلا بالنسبة لزوجة ثانية؟ ثم ألا يكون ذلك خرقا للبند الثاني من المادة 39 من مدونة الأسرة التي تتحدث عن العدد المسموح به شرعا؟

3-الإجـــــــراءات:

أ- استدعـــاء الزوجـة:

تنطلق الإجراءات المرتبطة بـالإذن بالتعدد وبعد تأكّد المحكمة من توفر الشروط الموضوعية للتعدد، باستدعاء الزوجة التي يطلب زوجها الإذن له بالتعدد، وفقا للمسطرة المنصوص عليها ضمن المادة 43 من مدونة الأسرة، وقد جاء فيها ما نصه:

«تستدعي المحكمة الزوجة المراد التزوج عليها للحضور، فإذا توصلت شخصيا ولم تحضر أو امتنعت عن تسلم الاستدعاء، توجه إليها المحكمة عن طريق عون كتابة الضبط إنذارا تشعرها فيه بأنها إذا لم تحضر في الجلسة المحدد تاريخها في الإنذار فسيبت في طلب الزوج في غيابها.

كما يمكن البت في الطلب في غيبة الزوجة المراد التزوج عليها إذا أفادت النيابة العامة تعذر الحصول على موطن أو محل إقامة يمكن استدعاؤها فيه.

إذا كان سبب عدم توصل الزوجة بالاستدعاء ناتجا عن تقديم الزوج بسوء نية لعنوان غير صحيح أو تحريف في اسم الزوجة، تطبق على الزوج العقوبة المنصوص عليها في الفصل 361 من القانون الجنائي وذلك بطلب من الزوجة المتضررة».

وهكذا، نستنتج من هذا المقتضى أن توصل الزوجة بالاستدعاء يجب أن يكون شخصيا حيادا عن مقتضيات الفصل 38 من ق.م.م. فإذا توصلت شخصيا بالاستدعاء ولم تحضر أو امتنعت عن الحضور، يوجه إليها إنذار آخر بواسطة عون من أعوان كتابة الضبط تُشْعَرُ فيه بأنها إذا ما تغيبت عن الحضور فسيبت في طلب الزوج رغم ذلك الغياب.

ويبت في الطلب في غياب الزوجة المراد التزوج عليها كذلك متى أفادت النيابة العامة أنه يتعذر الحصول على موطن أو محل إقامة الزوجة حيث يمكن استدعاؤها فيه.

وإذا كان سبب عدم توصل الزوجة بالاستدعاء ناتجا ـ وبسوء نية ـ عن تلاعب الزوج في عنوانها أو في اسمها، عوقب ذلك الزوج بالعقوبة المنصوص عليها في الفصل 361 مـن القانون الجنائي[245] بشرط أن تتقدم الزوجة المعنية بطلب ـ أي شكاية ـ بذلك إلى الجهة المختصة.

ب ـ المناقشة بين الطرفين في غرفة المشورة:

تم النص على هذا الإجراء ضمن مقتضيات المادة 44 من مدونة الأسرة وقد جاء فيها أنه:

«تجري المناقشة في غرفة المشورة بحضور الطرفين ويستمع إليهما لمحاولة التوفيق والإصلاح، بعد استقصاء الوقائع وتقديم البيانات المطلوبة.

للمحكمة أن تأذن بالتعدد بمقرر معلل غير قابل لأي طعن، إذا ثبت لها مبرره الموضوعي الاستثنائي، وتوفرت شروطه الشرعية، مع تقييده بشروط لفائدة المتزوج عليها وأطفالهما».

ونستنتج من هذا المقتضى عدة قواعد نوجزها كما يلي:

245 - وقد ورد هذا الفصل ضمن الفرع الذي خصصه القانون الجنائي لتزوير أنواع خاصة من الوثائق الإدارية والشهادات، وسنرجع إليه عند حديثنا عن توثيق عقد الزواج.

* إن المحكمة ملزمة بإجراء مقابلة بين الزوجين بشأن التعدد، وتجري تلك المقابلة في غرفة المشورة بعيدا عن الحضور للاطلاع على موقف كل منهما عن التعدد الذي يطلب الزوج الإذن به.

* في حالة الخلاف بين الطرفين، تجري المحكمة محاولة للتوفيق والإصلاح بينهما بالكيفية التي ترتئيها، بعد استقصاء الوقائع وتقديم البيانات المطلوبة، بحيث إما أن يَعْدل الزوج عن طلب الإذن بالتعدد أو تسمح له الزوجة بذلك أو يستمر الخلاف قائما بينهما، حيث يتمسك كل منهما بموقفه.

* في حالة سماح الزوجة للزوج بالتعدد أو استمرار الخلاف بين الطرفين، للمحكمة أن تأذن بالتعدد إذا ثبتت لها شروطه المنصوص عليها ضمن مقتضيات المادة 41 من مدونة الأسرة، والمتمثلة أساسا في المبرر الموضوعي الاستثنائي والقدرة المالية الكافية لإعالة أسرتين.

* يجب أن يكون الإذن بالتعدد معللا.

* لا يقبل الإذن بالتعدد أي طعن. وبمفهوم المخالفة، فإن عدم الإذن بالتعدد يقبل الطعن أمام محكمة الاستئناف وقرار هذه الأخيرة يقبل الطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى (محكمة النقض حاليا).

وحسب الفقرة الأخيرة من المادة 44 أعلاه، للمحكمة أن تأذن بالتعدد مع تقييده بشروط لفائدة الزوجة أو الأطفال كتخصيصهم بسكن مستقل بهم أو تسديد مبالغ النفقة الواجبة على الزوج.

ج- الحكم بتطليق الزوجة التي تطلب ذلك من المحكمة:

قد يثبت للمحكمة من خلال المناقشات، بل ومنذ الوهلة الأولى، تعذر استمرار العلاقة الزوجية بين الطرفين ولو عن طريق محاولة إصلاح ذات البين بينهما، وفي هذه الحالة الأخيرة، إذا طالبت الزوجة بتطليقها من زوجها، حددت المحكمة للزوج مبلغا ماليا لاستيفاء كافة حقوق الزوجة وأولادهما الذين لازال الزوج ملزما من الناحية القانونية بالإنفاق عليهم[246]، مع العلم أن عدم إيداع المبلغ المذكور داخل أجل سبعة أيام يعتبر تراجعا منه عن طلب الإذن بالتعدد، وهو أجل جد قصير يندرج بدوره في إطار التشدد في القيود على الإذن بالتعدد، والذي اتخذه المشرع كهدف له.

---

246 - وهي الحقوق المنصوص عليها عموما في المواد 83 و84 و85 من مدونة الأسرة. وسوف نقوم بتحليل هذه النصوص لاحقا.

وتصدر المحكمة بمجرد إيداع المبالغ حكما بالتطليق لا يقبل أي طعن في جزئه القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية، بخلاف ما يتصل بالمستحقات، حيث للطرفين أن يطعنا في تقديرها، تطبيقا لمقتضيات الفقرة الأولى من المادة 128 من مدونة الأسرة[247].

وقد نص المشرع على هذه الإجراءات ضمن مقتضيات الفقرة الأولى والثانية والثالثة من المادة 45 من مدونة الأسرة.

د- عدم تمسك الزوجة بالتطليق يسمح للمحكمة بتطبيق مسطرة الشقاق تلقائيا:

وهذا بالضبط ما قرره المشرع من خلال الفقرة الأخيرة من المادة 45 التي تنص على ما يلي:

«فإذا تمسك الزوج بطلب الإذن بالتعدد، ولم توافق الزوجة المراد التزوج عليها، ولم تطلب التطليق، طبقت المحكمة تلقائيا مسطرة الشقاق المنصوص عليها في المواد من 94 إلى 97 بعده».

وهكذا، فقد لا تطالب الزوجة التي يريد زوجها أن يتزوج بامرأة أخرى، وهي رافضة، من المحكمة التي تنظر في طلب الإذن بالتعدد بتطليقها من زوجها، وفي هذه الحالة تطبق المحكمة تلقائيا مسطرة الشقاق المنصوص على إجراءاتها وعلى آثارها المالية ضمن المواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة[248]، بالإضافة إلى مقتضيات المادة 128 من نفس المدونة.

ومن البديهي أن هذا الحكم الأخير والمضمن بالمادة 45 من مدونة الأسرة، جاء على حساب قاعدة جوهرية من صميم النظام العام الإجرائي تقضي بأن المحكمة لا يمكن أن تحكم مطلقا، إلا بما طلب منها[249]، وقد سبق أن وصفناه بالبدعة القانونية[250].

---

247 - جاء في هذه الفقرة أنه:

«المقررات القضائية الصادرة بالتطليق... تكون غير قابلة لأي طعن في جزئها القاضي بإنهاء العلاقة الزوجية...».

وسنرجع لتحليل هذا المقتضى في الكتاب الثاني من هذه الدراسة.

248 - سنرجع إلى مسطرة التطليق بسبب الشقاق المنصوص عليها ضمن المواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة في الباب الثاني من هذا الكتاب والخاص بانحلال الزواج.

249 - جاء في مطلع الفصل 3 من ق.م.م:

«يتعين على المحكمة أن تبت في حدود طلبات الأطراف...».

250 - محمد الكشبور ويونس الزهري وحسن فتوخ، التطليق بسبب الشقاق في مدونة الأسرة - سلسلة

هـ - إشعار المرأة المراد التزوج بها بأن من يريد الزواج بها متزوج بغيرها ورضاها بذلك قبل إبرام عقد الزواج معها:

لم يهمل المشرع جانب المرأة التي يَطْلُبَ الإذن من أجل الزواج بها، حيث قرر إشعارها من طرف القاضي[251] بأن مريد الزواج منها متزوج بغيرها وأنها راضية بهذا الوضع، مع تضمين ذلك في محضر رسمي، حيث تنص المادة 46 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«في حالة الإذن بالتعدد، لا يتم العقد مع المراد التزوج بها إلا بعد إشعارها من طرف القاضي بأن مريد الزواج بها متزوج بغيرها ورضاها بذلك. يضمن هذا الإشعار والتعبير عن الرضى في محضر رسمي».

الخلاصة:

لم يلغ المشرع المغربي تعدد الزوجات من خلال تنظيمه له، إنما ضيقه إلى أبعد الحدود من خلال الشروط التي وضعها له، وخاصة إثبات المبرر الموضوعي الاستثنائي، والإجراءات القضائية التي تعقب طلب الإذن بالتعدد.

ومن الملاحظ أن طلب الإذن بالتعدد لا يؤول عمليا إلى التعدد، ولو مع الإذن به، ما دام أن الإجراءات قد تؤدي عمليا إلى تطليق الزوجة الأولى من زوجها بطلب منها وحتى بغير ذلك الطلب عن طريق إعمال مسطرة الشقاق، المنصوص عليها ضمن المواد من 94 إلى 97 من مدونة الأسرة.

ولا يتصور عمليا - من حيث المبدأ - أن يعدد الزوج - طبقا للتشريع المغربي الحالي - أكثر من مرة واحدة لأن المبرر الموضوعي الاستثنائي يصعب تحققه أكثر من مرة واحدة.

ومن البديهي أن مثل هذه القيود قد تدفع أحيانا إلى التعدد الفعلي الذي يتم بعيدا عن أعين المحكمة، وهو ما سنرجع إليه عند حديثنا في إثبات عقد الزواج.

الدراسات القانونية المعاصرة، العدد 11 ، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2006، ص. 55 وما يليها.

251 - خلافا للفقرة الأولى من الفصل 30 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بعد تعديله بالظهير بمثابة قانون الصادر في 10 شتنبر 1993 والذي كان يمنح هذه المهمة للزوج.

المبحث الثالث
الولاية في الزواج

تمهيد :

تعتبر الولاية في الزواج من المواضيع التي كانت محلا لجدل كبير على مستوى الفقه الإسلامي، وقد عرفت وبضغط من بعض الجمعيات النسائية بالخصوص، تعديلا جذريا في إطار التغيير الذي عرفه قانون الأحوال الشخصية بالمغرب، حيث تحولت من شرط صحة في الزواج إلى حق من حقوق المرأة الراشدة التي لها أن تستعمله أو تزوج نفسها بدونه.

ورغم ذلك، فلا زال للولاية في الزواج حضور قوي على مستوى الواقع المعيش.

أولا - تعريف الولاية وتكييفها القانوني :

1 - في اللغة :

الولاية في اللغة النصرة، والولي النصير والظهير، قال الله تعالى :

﴿ إنما وليكم الله ورسوله والذين آمنوا ﴾[252].

وهي بين المتناسبين في الوضع والأفكار والمصير، قال الله تعالى:

﴿المنافقون والمنافقات بعضهم أولياء بعض يامرون بالمنكر وينهون عن المعروف ويقبضون أيديهم ﴾[253].

وقال سبحانه وتعالى :

﴿والمومنون والمومنات بعضهم أولياء بعض يامرون بالمعروف وينهون عن المنكر﴾[254].

وتفيد الولاية في اللغة كذلك القرب والدنو، والولي المحب والصديق والنصير[255].

---

252 - الآية 57 من سورة المائدة.

253 - الآية 67من سورة التوبة.

254 - الآية 72من سورة التوبة.

255 - محمد البشيري، م.س، الجزء الثاني، ص367.

وولي اليتيم الذي يلي أمره ويقوم بكفايته.

وولي المرأة الذي يلي عقد النكاح عليها[256].

2 ـ في الاصطــلاح :

الولاية في اصطلاح الفقهاء هي سلطة تجعل لمن تثبت له القدرة على إنشاء التصرفات القانونية وتنفيذها نيابة عن المولى عليه، فإن كانت متعلقة بشؤون الشخص نفسه، كانت ولاية قاصرة عليه وحده تتداخل مع أهلية الأداء، وإن كانت متعلقة بشؤون غيره كأن يتصرف في أموال أبنائه القصر أو يقوم بحضانتهم أو بتزويجهم، كانت ولاية متعدية،[257] وهي التي أطلق عليها المشرع المغربي النيابة الشرعية[258].

والولاية المتعدية بدورها على ضربين:

أ ـ ولاية على المال، وهي التي تجعل لصاحبها سلطة استثمار أموال المولى عليه وإجراء التصرفات القانونية الخاصة بها، بهدف المحافظة عليها وتنميتها وهي تثبت حاليا للأب وللأم في حالة عدم وجوده أو غيابه[259]. وقد تثبت استثناء للوصي وللمقدم.

ب ـ ولاية على النفس،وهي كما عرفها جانب من الفقه «الإشراف على شؤون القاصر الشخصية من صيانة وحفظ وتأديب وتعليم وتزويج»[260].

---

256 - وانظر من أجل التوسع لغويا حول كلمة ولي وولاية:

- ابن منظور، لسان العرب، م.س، المجلد الثاني، ص. 4358 وما يليها.

257 - محمد مصطفى شلبي، م.س، ص. 253.

258 - راجع القسم الثاني من الكتاب الرابع من مدونة الأسرة بعنوان: «النيابة الشرعية».

259 - راجع المادة 235 وما يليها من مدونة الأسرة. راجع بالخصوص:

- عبد السلام الرفعي، الولاية على المال في الشريعة الإسلامية، رسالة من دار الحديث الحسنية، طبع دار إفريقيا والشرق، 1996.

260 - وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، الطبعة الثالثة، دار الفكر بدمشق، 1989 الجزء السابع، ص746.

وقد عرفها الأستاذ محمد مصطفى شلبي كما يلي:

«سلطة الولي التي تتعلق بنفس المولى عليه من صيانته وحفظه وتأديبه وتعليمه العلم أو الحرفة وتزويجه»، م.س، ص769.

ويتضح من التعريفين أعلاه أن الولاية على النفس تنصب على ما يعرف بالشؤون الشخصية للإنسان، وهي مجمل المصالح والحاجات التي تتعلق بذاته جسما وروحا، وسواء كانت مادية أو معنوية، وعلى الرغم من أن

وقد تجتمع الولايتان معا في يد واحدة كولاية الأب على أبنائه القاصرين، وقد تتوزع بين شخصين كوجود وصي على المال إلى جانب وجود ولي على النفس له حق تزويج المولى عليه أو عليها كقاعدة عامة، وستحصر بحثنا في الولاية على النفس، إذ هي التي تتصل بإبرام عقد الزواج، لأن الولاية المتصلة بإبرام التصرفات المالية تدخل عموما في مباحث الأهلية والنيابة الشرعية وليس هذا مكانها على كل حال[261].

والأصل أن للرجل البالغ العاقل الولاية الكاملة في العقد على أي امرأة شاء الزواج منها، أما المرأة البالغة بكرا كانت أم ثيبا، فقد اختلف الفقهاء اختلافا بينا حول أمر ثبوت هذه الولاية لها[262] بالشكل الآتي بيانه:

الشؤون الشخصية للإنسان لا يمكن حصر تفاصيلها بسهولة ويسر، إلا أنه من الممكن على وجه التقريب إجمالها في عدة أمور كالحضانة والتربية والعلاج والتزويج مثلا.

أما الشؤون المالية للإنسان والتي ترتبط أساسا بثروته بمختلف صورها وأنواعها سواء من حيث تحصيل المال أو المحافظة عليه أو إنفاقه أو استثماره فمحلها الولاية على المال لا الولاية على النفس.

- نزيه حماد، نظرية الولاية في الشريعة الإسلامية، الدار الشامية، بيروت، 1994، ص70 وما بعدها.

ومن الملاحظ أن التشريع المغربي قد اهتم بالولاية على المال، بخلاف الولاية على النفس حيث ليست هنالك إلا بعض المقتضيات المتفرقة، ومن ذلك المادة 163 من مدونة الأسرة الخاصة بالحضانة وقد جاء فيها ما يلي:

«الحضانة حفظ الولد مما قد يضره والقيام بتربيته ومصالحه

على الحاضن أن يقوم قدر المستطاع بكل الإجراءات اللازمة لحفظ المحضون وسلامته في جسمه ونفسه».

ومن ذلك المادة 235 من نفس المدونة وتنص على أنه:

«يقوم النائب الشرعي بالعناية بشؤون المحجور الشخصية من توجيه ديني وتكوين وإعداد للحياة».

261 - أحمد فراج حسين، أحكام الزواج في الشريعة الإسلامية، الدار البيضاء، مصر، 1986، ص191و192.

وللتوسع انظر:

- منير ثابت، الأهلية المدنية للشخص الطبيعي في القانون المغربي، رسالة من أجل نيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء سنة 1988.

وللوقوف عند مركز الولاية في الزواج ضمن الولاية على النفس، انظر:

- عبد الباسط الهادي أحمد النعاس، أحكام الولاية على النفس في الفقه الإسلامي والقانونين الليبي والمغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، كلية الحقوق بالدار البيضاء، 2001، ص32 وما بعدها.

262 - ابن رشد الحفيد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، م.س، الجزء الثاني، ص. 7 وما يليها.

- محمد أبو زهرة، م.س، ص. 146 وما بعدها.

- محمد مصطفى شلبي، م.س، ص. 257 وما بعدها.

ثانيا- موقف الفقه الإسلامي من الولاية على المرأة أثناء إبرام عقد الزواج:

1 - الولاية شرط صحة في الزواج:

ذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعي وابن حنبل في المشهور عنه وفي رواية لأبي يوسف الحنفي إلى أنه لا يجوز للمرأة أن تباشر عقد الزواج لا لنفسها ولا لغيرها، بل إذا وكلت رجلا غير وليها بتزويجها كان هذا التوكيل باطلا والزواج المبني عليه فاسدا، لأن الشخص - من الناحية القانونية - لا يستطيع قطعا أن ينقل إلى غيره حقا لا يملكه، وقد احتج هذا الجانب من الفقه بالأدلة الآتية:

*** في الكتاب:**

أ- يقول الله سبحانه وتعالى:

﴿وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم﴾[263].

ويقول جلت قدرته:

﴿ولا تنكحوا المشركين حتى يومنوا﴾[264].

ووجه الاحتجاج بالآيتين الكريمتين أن الله سبحانه وتعالى قد خاطب فيهما معا الرجال ولم يخاطب النساء، وكأنه يقصد بقوله في الآية الأخيرة: لا تنكحوا أيها الأولياء مواليكم للمشركين.

ب - وروى البخاري عن الحسن قال:

﴿فلا تعضلوهن﴾.

قال: «حدثني معقل ابن يسار أنها نزلت فيه: زوجت أختا لي من رجل فطلقها حتى إذا انقضت عدتها، جاء يخطبها، فقلت له: زوجتك وفرشتك وأكرمتك فطلقتها، ثم جئت تخطبها ألا والله لا تعود إليها أبدا. وكان رجلا لا بأس به، وكانت المرأة تريد أن ترجع إليه، فأنزل الله هذه الآية:

﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف﴾[265].

فقلت الآن أفعل يا رسول الله، قال: « فزوجتها إيــــاه» .

263 - الآية 32 من سورة النور.

264 - الآية 219 من سورة البقرة.

265 - الآية 230 من سورة البقرة.

قال الحافظ ابن حجر العسقلاني في الفتح، ومن أقوى الحجج على الولاية كشرط في الزواج هذا السبب المذكور في هذه الآية الكريمة، وهي أقوى دليل على اعتبار الولي شرطا في الزواج وإلا لم يكن لعضله أي معنى آخر في المثال السابق[266]، وكذلك قال الشافعي في الأم[267].

وقد ذهب الإمام الشافعي بدوره إلى أن هذه أبين آية في كتاب الله دالة على وجوب الولاية في الزواج[268].

*** في السنـــــة :**

أ- وعن عائشة رضي الله عنها أن رسول ﷺ قال:

«أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل، فنكاحها باطل، فإن دخل بها لها المهر بما استحل من فرجها، فإن استجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[269].

ب – وروى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال:

«لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل »[270].

رواه الشافعي في كتاب الأم والبيهقي في السنن.

ج- وروى ابن ماجه عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال:

«لا تزوج المرأة المرأة ولا تزوج المرأة نفسها فإن الزانية هي التي تزوج نفسها».

يستفاد من الأحاديث أعلاه، قاعدتان متلازمتان[271]:

– **الأولى:** الولاية شرط صحة في الزواج.

266 - فتح الباري، شرح صحيح البخاري، بيروت، دار الكتب العلمية، 1997، ص. 239.

انظر كذلك:

- ابن كثير، م.س، الجزء الأول، ص. 272.

- محمد علي الصابوني، صفوة التفاسير، الجزء الأول، الأفق للطباعة والنشر، (م-ط-غ-م)، 2004، ص. 124.

267 - كتاب الأم، ج. 5، دار الشعب، ص. 12.

268 - الجويني، م.س، الجزء 12، ص. 39.

269 - رواه البخاري ومسلم عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها.

270 - رواه الشافعي في الأم والبيهقي في السنن.

271 - محمد مصطفى شلبي، م.س، ص. 258.

- د. نور الدين بن مختار الخادمي، الاجتهاد المقاصدي، ج. 1، سلسلة كتاب الأمة ع. 65، ص. 122.

- الثانية: ليس للمرأة أن تزوج نفسها بنفسها.

د- وقد استدل جمهور الفقهاء بالمعقول كذلك، حيث قالوا إن من فطرة النساء الحياء، والابتعاد عن مجالس الرجال، والتسرع في اختيار الزوج ومن ثمة كان من اللازم أن تكون مؤازرة بولي لها[272] ليساعدها على حسن ذلك الاختيار.

2- لا تعتبر الولاية شرط صحة في الزواج بالنسبة للمرأة البالغة:

وعلى عكس الرأي السابق، يرى الإمام أبو حنيفة أن المرأة العاقلة البالغة لها الحق وحدها في مباشرة عقد الزواج بنفسها، بكرا كانت أم ثيبا، وإن كان يستحب لها أن تستأذن وليها، ويبقى للولي فقط حق الاعتراض على الزواج متى كان الزوج غير كفء لها، أو متى قدم لها مهرا لا يليق بمقامها، ما دام أن الكفاءة حق يتقاسمه كل من المرأة والولي. فهو يقول:

«تلي عقد النكاح بنفسها، فإن تزوجت من لا يكافئها اعترض الولي على عقدها»[273].

ويستدل الأحناف عادة بما يلي:

أ- يقول الله تعالى في محكم كتابه العزيز:

﴿فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره﴾[274].

ويقول سبحانه وتعالى في آية أخرى:

﴿وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن إذا تراضوا بينهم بالمعروف﴾[275].

ففي هاتين الآتين، فإن الله تعالى يوجه خطابه مباشرة إلى النساء وليس إلى الرجال، إذ هن المعنيات أساسا بإبرام عقد الزواج.

ويقول جل جلاله في آية ثالثة:

﴿فلا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن بالمعروف﴾[276].

272 - ابن رشد الحفيد، م.س، الجزء الثاني، نفس ا الموضع.
- محمد مصطفى شلبي، م.س، ص. 259.

273 - السرخسي، المبسوط، م.س، ج. 5، ص. 10.

274 - الآية 288 من سورة البقرة.

275 - الآية 232 من سورة البقرة.

276 - الآية 232 من سورة البقرة.

ب- وفي السنة، عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قال:

«الثيب أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها»[277].

واستئذان البكر في هذا الحديث الشريف هو في نظر الأحناف من باب الاستحباب فقط[278].

ج- واستدل الأحناف بالمعقول، فقالوا إنها حين تزوج نفسها فهي تتصرف في خالص حقها لأن نفسها مملوكة لها وهي عاقلة بالغة. وقد اتفق الفقهاء على أنها تتصرف في مالها متى كانت راشدة، فكذلك الزواج، بل هو أولى لأنها هي التي تتزوج لا وليها[279].

د - وحسب أبي يوسف ومحمد – وهما المعروفان في المذهب الحنفي بالصاحبين: «إذا زوجت نفسها، انعقد موقوفا على إجازة الولي، وإن زوجها الولي انعقد موقوفا على إجازتها»[280].

وأخيرا، سوف نرى أن الزواج المعقود بدون ولي هو زواج مختلف في فساده في الفقه المالكي، والزواج المختلف في فساده لا يفسخ كقاعدة إلا بطلاق ويلحق فيه الحمل دائما، فتترتب عليه من ثمة بعض آثار الزواج الصحيح، بالكيفية التي سوف نبينها لاحقا، مع العلم أن المشرع قد تخلى في مدونة الأسرة عن مصطلح الزواج

277 - أخرجه الجماعة إلى البخاري.
وقد استدل داود الظاهري بهذا الحديث فاشترط الولاية بالنسبة للبكر ولم يشترطها بالنسبة للثيب.
- ابن رشد الحفيد، م.س، الجزء الثاني، ص. 7.

278 - ويلاحظ أن سبب تشعب آراء الفقهاء حول شرط الولاية ناتج - حسب بعض الفقه - بالأساس عن عدم وجود نص صريح في الكتاب أو في السنة يحدد طبيعتها بكل دقة. وفي هذا السياق دائما يقول ابن رشد:
"...وسبب اختلافهم أنه لم تأت آية ولا سنة ظاهرة في اشتراط الولاية في النكاح فضلا عن أن يكون في ذلك نص، بل الآيات والسنن التي يحتج بها من يشترط إسقاطها هي أيضا محتملة في ذلك، والأحاديث مع كونها محتملة في ألفاظها مختلف في صحتها إلا حديث ابن عباس وإن كان المسقط لها ليس عليه دليل، لأن الأصل براءة الذمة، ونحن نورد مشهور مما احتج به الفريقان ونبين وجه الاحتمال في ذلك..."
- مرجع سابق، ص7.

279 - انظر حول الموضوع:
– أبو بكر محمد بن أحمد ابن أبي سهل السرخسي الحنفي، كتاب المبسوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، المجلد الثالث، ص. 236.

280 - السرخسي، المبسوط، م.س، الجزء الخامس، ص. 10.

المختلف في فساده، بل واعتبر الولاية في الزواج حقا للزوجة لا شرط صحة فيه، على ما يتضح من التطور الآتي:

ثالثا ـ تطور الولاية في التشريع المغربي:

1ـ الولاية في مدونة الأحوال الشخصية الصادرة سنة 1957:

ساير التشريع المغربي للأحوال الشخصية الصادر سنة 1957 رأي الجمهور في هذا المجال، ومن ضمنه رأي الإمام مالك عندما اعتبر أن الولاية شرط صحة في عقد الزواج لا يصح إلا بتوافرها[281]، وسواء أكانت المرأة بكرا أم ثيبا، صغيرة أم كبيرة، غير أنه سرعان ما عدل جزئيا عن هذا الموقف من خلال التعديل الذي عرفته مدونة الأحوال الشخصية سنة 1993، قبل أن يتخلى عنه نهائيا في مدونة الأسرة، بالشكل الذي ستحدده فيما يلي:

2ـ الولاية في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة من خلال تعديلات الظهير بمثابة قانون الصادر في 1993:

في إطار مقتضيات الفصل 12 قبل تعديلها[282]، قرر المشرع المغربي القواعد الثلاث الآتي بيانها:

أ ـ الولاية شرط صحة في عقد الزواج لا يصح إلا بتوافرها، ومن هذه الناحية كان الفصل 12 في صياغته القديمة مرتبطا بالفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية، يُكمّلـه ويوضحه.

ب ـ الولاية في الأصل هي ولاية اختيار، بحيث لا يمكن للولي أن يعقد على من توجد تحت ولايته، إلا برضاها وبتفويض منها.

---

281 - فبالإضافة إلى الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة الذي اعتبر الولاية شرط صحة في الزواج، نص البند الثاني من الفصل 12 من نفس المدونة على مايلي:

«2ـ تفوض المرأة لوليها أن يعقد عليها».

282 - ينص الفصل 12 الملغى على ما يلي:

«1ـ الولاية حق للمرأة فلا يعقد عليها الولي إلا بتفويض من المرأة على ذلك إلا في حالة الإجبار المنصوص عليها فيما يلي:

2ـ لا تباشر المرأة العقد ولكن تفوض لوليها أن يعقد عليها.

3ـ توكل المرأة الوصي ذكرا تعتمده لمباشرة العقد على من هي تحت وصايتها.

4ـ لا يسوغ للولي ولو أبا أن يجبر ابنته البالغ ولو بكرا على النكاح إلا بإذنها ورضاها، إلا إذا خيف على المرأة الفساد فللقاضي الحق في إجبارها حتى تكون في عصمة زوج كفء يقوم عليها».

ج ـ استثناء، تتحول الولاية إلى ولاية إجبار[283] انطلاقا من البند الرابع من الفصل

---

283 - يقصد بولاية الإجبار تلك التي تخول للولي الاستقلال وحده بعقد الزواج، دون أن يكون للمولى عليها رأي في ذلك، وقد أطلق عليها جانب من الفقه الولاية الاستبدادية.

ويقصد بولاية الاختيار تلك التي لا تخول للولي تزويج المولى عليها إلا بناء على رغبتها واختيارها، وقد سماها بعض الفقه بولاية الندب أو الاستحباب.

ولكل من الولايتين أحكامها الخاصة بها، وقد اختلفت المذاهب السنية بشأن الكثير من جوانبهما، وهو اختلاف له ارتباط وثيق بطبيعة الولاية كشرط في عقد النكاح.

فولاية الاختيار، وهي لا جبر فيها، تثبت كقاعدة لجميع الأولياء، لا فرق بين هذا وذاك منهم.

وتثبت هـذه الولاية على المرأة البالغة العاقلة، وإلى هنا نؤكد الاجماع بين الفقهاء وإن اختلفوا بعد ذلك حول الجواب على السؤال الآتي: هـل تثبت ولاية الاختيار هنا بكيفية مطلقة أم لابد من التمييز بين البكر والثيب؟

فبالنسبة للمذهب الحنفي ويظاهره في ذلك جانب من المذهب الحنبلي في إحدى الروايتين المأثورين عنه، فالولاية تكون اختيارية سواء أكانت المرأة بكرا أم ثيبا.

وبالنسبة للمذهب الشافعي، فهو يشترط لثبوت ولاية الاختيار أن تكون المرأة ثيبا وهي الرواية الثانية لدى الفقه الحنبلي.

وهذا الموقف الأخير هو المشهور في المذهب المالكي حيث إذا كانت المرأة ثيبا فالولاية هي ولاية اختيار، وإذا كانت بكرا فالولاية ولاية إجبار ولو بلغت من السن ما بلغته.

ولأن الولاية لم تعد شرط صحة في الزواج، فإننا نكتفي هنا بهذه الخلاصة، وعلى من يريد زيادة في التوضيح أن يراجع:

ـ ابن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، م.س، الجزء الثاني، ص. 6 وما يليها.

ـ ابن جزي، م.س، ص. 133 وما بعدها.

ـ الكاساني، المجلد الثالث، م.س، ص. 329 وما بعدها.

وانظر كذلك:

ـ الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود، تحقيق وتعليق على هامش بدائع الصنائع للكاساني، المجلد الثالث، م.س، بنفس الموضع.

ـ ابني قدامة، المغني، م.س، ص. 337 وما بعدها.

ـ ابن حزم، الجزء 11 م.س، ص. 14 وما بعدها.

ـ محمد مصطفى شلبي، م.س، ص 275 وما بعدها.

وفي تفصيل المذهب المالكي يقول الأستاذ المزغراني:

«1 ـ إذا كانت البنت ثيبا بالغة، سواء ثيبت... بزواج صحيح أو فاسد، فلا جبر عليها لأحد، ولابد من الإعراب عن رضاها بالزواج، بالتعبير بما يفيد هذا الرضا سواء زوجها أبوها أو غيره من الأولياء.

2 ـ إن كانت يتيمة ولها ولي، فلا يزوجها وليها إلا بعد أن تبلغ وبعد أن يثبت أنها يتيمة لا أب لها ولا وصي أو أن أباها مفقود أو أسير، أو في مكان بعيد جدا، وأنها خالية من الزوج، وليست معتدة، ولا مريضة مرضا مخوفا، وليست محرمة بحج أو عمرة، وأن الزوج كفء لها، وأنها ليست محرمة عليه، وأنها رضيت به صراحة، وأن الصداق الذي عرض عليها صداق أمثالها على الأقل، وأنها رضيت بهذا الصداق.

3 ـ إذا كان لها أب، فإن له أن يجبرها على الزواج في الصور التالية:

1 ـ إذا كانت صغيرة لم تبلغ، سواء كانت بكرا أو ثيبا.

2 ـ إذا كانت بكرا ولو كانت كبيرة تعدت البلوغ، ما لم تكن قد رشدها أبوها، أو تزوجت وبقيت مع زوجها سنة

12 القديم الذي نص على أنه:

«لا يسوغ للولي ولو أبا أن يجبر ابنته البالغ ولو بكرا على النكاح إلا بإذنها ورضاها إلا إذا خيف على المرأة الفساد فللقاضي الحق في إجبارها حتى تكون في عصمة زوج كفء يقوم عليها».

وقد تغير الفصل 12 بكيفية جوهرية بواسطة الظهير بمثابة قانون الصادر في 10 شتنبر 1993، حيث أصبح يقضي بما يلي:

«1 - الولاية حق للمرأة فلا يعقد عليها الولي إلا بتفويض من المرأة على ذلك.

2 - تفوض المرأة لوليها أن يعقد عليها.

3 - توكل المرأة الوصي ذكرا تعتمده لمباشرة العقد على من توجد تحت وصايتها.

4 - للرشيدة التي لا أب لها أن تعقد على نفسها أو توكل من تشاء من الأولياء».

وتستفاد من هذا النص عدة قواعد نجمل أهمها فيما يلي:

أ - الولاية في إطار الظهير بمثابة قانون الصادر في 10 شتنبر 1993، - وفي كافة الأحوال - لا يمكن أن تكون إلا ولاية اختيار، ويتضح ذلك من إلغاء المشرع لمقتضيات البند الأخير من الفصل 12 القديم، والذي كان يجنح في حالة خاصة إلى الأخذ بولاية الإجبار، وهي حالة جنوح الفتاة نحو الفساد، أو على الأقل التطلع إلى الرجال.

ثم انفصلت عنه بموت، أو طلاق وهي ما تزال بكرا.

3 - إذا كانت البنت قد فقدت بكارتها من غير زواج.

4 - إذا كانت مجنونة، بكرا كانت أو ثيبا، وسواء ثيبت بنكاح أو بزنا.

ففي هذه الحالات، يجوز للأب أن يعقد زواج بناته المذكورات بغير إذنهن ولا يحتاج إلى رضاهن، لكن بشرط ألا يكون الزوج الذي يختاره لهن متصفا بعاهة كبرص أو جنون، وإلا فلا يحق له أن يجبرهن حينئذ، وإذا أصر على تزويج بنته ممن ذكر، وامتنعت، كان لها الحق في أن ترفع الأمر إلى القاضي ليمنعه من ذلك...

وإذا جعل الأب شخصا وصيا على بناته، وجعل له أن يجبرهن على الزواج، فإن ذلك الوصي ينزل منزلة الأب...

- م.س، ص97 و98.

وانظر لمزيد من التفصيل حول الموضوع:

- تحفة ابن عاصم:

«فصل فيمن له الإجبار وما يتعلق به».

ب - لقد ميز المشرع بشأن شرط الولاية وبكيفية صريحة بين صنفين من النساء، المرأة الرشيدة التي لا أب لها وهذه في حل من أمرها، تزوج نفسها بنفسها أو تختار وليا يؤازرها أثناء إبرام الزواج إن أرادت ذلك مختارة، والمرأة ذات الأب وتعتبر الولاية شرط صحة بالنسبة لها، لا يقوم الزواج صحيحا إلا بتوفرها.

ولم نكن نرى مبررا لمثل هذا التمييز الذي يشوش بعض الشيء على عمومية وتجريد القاعدة القانونية أعلاه. وكأني بالمشرع قد أخضع بعض النساء المغربيات فيما يخص الولاية في الزواج إلى المذهب الحنفي، وبعض النساء المغربيات الأخريات إلى المذهب المالكي والذي يندرج في إطار موقف جمهور الفقهاء[284].

وفي اعتقادنا - ومن الناحية الواقعية الصرفة - فإن اليتيمة أولى بالرعاية والنصح من ذات الأب. وقد كان من الأحسن اتباع هذا المذهب أو ذاك بالنسبة لهما معا، دون وضع تمييز لا مبرر له.

ج - إن المرأة لا يمكن مطلقا أن تكون ولية في عقد الزواج لأن من شروط هذه الولاية الذكورة، وهذا مما يشترك فيه النص القديم والنص الجديد[285]، وإن كان لها، حسب التعديل الذي عرفه الفصل 148 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة أن تكون ولية على المال بحكم القانون، في حالة وفاة الأب أو فقد أهليته[286].

---

284 - لقد بحث الفقهاء مسألة التخيير بين أقوال الفقهاء سواء داخل المذهب الواحد أو على مستوى أكثر من مذهب سني واحد بتفصيل عميق حيث وضعوا للمسألة ضوابط شرعية.

انظر في هذا الصدد:

- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، الجزء الرابع، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ص95 وما بعدها.

285 - وهذا هو الرأي المعتمد لدى المالكية، وإليه يشير ابن عاصم الغرناطي في التحفة:

والمرأة الوصي ليست تعقد   إلا بتقديم امـــرئ يعتمد

ومن البديهي أن المقصود في هذا الصدد المرأة الوصي على أنثى، بخلاف المرأة الوصي على ذكر حيث لها أن تعقد له.

ولمزيد من الإيضاح، انظر:

- ميارة الفاسي، مرجع سابق، ص163.

286 - مع العلم أن هذا الفصل قد ألغي مع مدونة الأحوال الشخصية، حيث حلت محله المادة 213 من مدونة الأسرة وقد جاء فيها أن:

«صاحب النيابة الشرعية:

- الأب الراشد.

- الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته».

3 ـ الولاية في مدونة الأسرة:

نظم المشرع المغربي الحالي الولاية في الزواج ضمن مقتضيات المادتين 24و25 من مدونة الأسرة، بكيفية تنم عن تغيير عميق في طبيعتها إذ تحولت ـ مبدئيا ـ من شرط في الزواج إلى حق للمرأة.

أ ـ تنص المادة 24 من مدونة الأسرة على مايلي:

«الولاية حق للمرأة تمارسه الراشدة حسب اختيارها ومصلحتها».

وهكذا، فالولاية في التشريع المغربي لم تعد شرط صحة في الزواج، ذلك أنه يستفاد من هذا النص التشريعي أن المشرع المغربي قد تخلى نهائيا عن رأي الجمهور ـ بما في ذلك رأي المالكية ـ بهذا الخصوص، واعتمد ـ جزئيا ـ رأي الأحناف[287] الذي لا يفرض الولاية على المرأة الراشدة، أي تلك التي أكملت سن الرشد القانوني، كما حددته المادة 209 من مدونة الأسرة، حيث لها أن تزوج نفسها بنفسها، وهو ما سوف تؤكده المادة 25 من نفس القانون.

ب ـ تنص المادة 25 من مدونة الأسرة على أنه:

«للراشدة أن تعقد زواجها بنفسها أو تفوض ذلك لأبيها أو أحد أقاربها».

يستفاد من هذا النص التشريعي أن المرأة المغربية التي تعتبر الولاية في الزواج حقا خالصا لها، لها أن تستعمل هذا الحق أو ألا تستعمله، حسب ما ترتئيه، أي أن تخضع المرأة لشرط الولاية أو ألا تخضع له.

وإذا قررت المرأة المغربية أن يكون لها ولي أثناء إبرام عقد زواجها، فلها أن تختار بين الأب أو أحد أقاربها الآخرين.

وبهذا النص الأخير، يكون المشرع قد أقبر الفصل 11 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والذي كان يرتب الأولياء في الزواج، حسب التحديد المعتمد في مصنفات الفقه المالكي.

---

287 - انظر للتمييز بين موقف المذاهب السنية في هذا الصدد :

- ابن رشد، بداية المجتهد م.س، الجزء الثاني، ص. 7.

ونقول جزئيا إذ في المذهب الحنفي، للولي أن يعترض على الزواج متى اتضح له أن الزوج غير كفء.

وعمليا، فإن المرأة المغربية الراشدة والتي تزوج نفسها بنفسها تخضع نفسها للمذهب الحنفي، والتي تحضر وليها تخضع نفسها لموقف الجمهور، وفي مقدمته الفقه المالكي.

صحيح أن هناك نصوصا عديدة تشترط حضور الولي عند الاقتضاء، ومن ذلك مثلا المادة 13 (البند 3) والمادة 61 (الفقرة 3) والمادة 67 (البند 3). غير أن الأمر هنا يتعلق بالنيابة الشرعية على شخص ـ زوج أو زوجة ـ غير راشد، لا بشرط صحة الزواج، كما قد يعتقد البعض.

رابعا ـ شروط الولاية في حالة تمسك المرأة بها:

يشترط الفقه المالكي في الولي في الزواج في حالة اعتماده مجموعة من الشروط:

أ ـ أن يكون الولي ذكرا، وهذا بخلاف ما لو تعلق الأمر بالولاية على المال في التشريع المغربي[288]، حيث تثبت الولاية للأم في حالة عدم وجود الأب أو فقد أهليته بنص المادة 231 من مدونة الأسرة.

ب ـ أن يكون الولي مسلما، ويصح أن يكون الكتابي وليا متى كانت المولى عليها كتابية[289]، وقد رأينا سابقا أنه يصح للمسلم أن يتزوج من الكتابية[290]، التي تخضع من هذه الناحية للمادتين 24 و25 من مدونة الأسرة.

ج ـ أن يكون الولي مكلفا، ويندرج في التكليف العقل والرشد، ومن ثم لا يصح للصبي ولا للمجنون ولا المعتوه أن يكون وليا على المرأة، مع العلم أن جمهور المالكية يجيز ولاية السفيه[291]، لأن الحجر في حقه إنما يمس تصرفاته المالية دون غيرها، دون ما يخص نفسه.

---

288 - انظر بالنسبة لهذه الولاية الأخيرة، المواد 229 و230 و231 من مدونة الأسرة.

289 - ميارة الفاسي، مرجع سابق، ص 161.

290 - الآبي الأزهري، جواهر الإكليل، الجزء الأول، م.س، ص. 277 وما بعدها.

- محمد الكشبور، الوسيط، م.س، ص. 208 و209.

291 - ابن جزي، مرجع سابق، ص148.

وحسب المادة 215 من مدونة الأسرة:

«السفيه هو المبذر الذي يصرف ماله فيما لا فائدة فيه وفيما يَعُدّهُ العقلاء عبثا، بشكل يضر به أو بأسرته».

المبحث الرابع
الإشهاد على الزواج

تمهيد

أولا – تعريف الإشهاد:

1. شهد في اللغة بمعنى حضر وعاين، ومن ذلك قوله تعالى:

﴿فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾[292].

وشهد له بكذا، أي أدى ما عنده من الشهادة.

وأشهدت الرجل على كذا، صار شاهداً عليه، ومصدره الإشهاد[293].

2. لا يختلف الإشهاد في الاصطلاح عن مفهومه اللغوي.

لا يصح عقد الزواج في التشريع المغربي إلا بحضور شاهدي عدل، على ما يستفاد صراحة من البند الرابع من المادة 13 من مدونة الأسرة، والذي جاء فيه أنه يجب أن يتوفر في عقد الزواج الشرط الآتي:

«4- سماع العدلين التصريح بالإيجاب والقبول من الزوجين وتوثيقه».

وقد أكدت على وجوب توفر هذا الشرط نصوص أخرى، من ضمنها المواد 14 و65 و67.

وقد نظم القانون رقم 03-16 بشأن خطة العدالة كيفية تلقي الشهادة من جانب العدلين وتحريرها ونسخها من خلال المواد من 28 إلى 38.

ويلعب الإشهاد على الزواج في حقيقته دورين أساسيين، **أولهما** أنه يعلنه أمام الناس وخاصة الجيران والأقارب فيدفع عنه كل مظنة قد تدنسه وتسيء إليه، **والثاني** أنه يمثل وسيلة إثبات هامة يصح الاعتماد عليها أمام القضاء للحكم بوجود الرابطة الزوجية أو الشروط المرتبطة بها، كلما سولت لأحد الطرفين نفسه إنكار تلك الرابطة أو تلك الشروط[294]، مع العلم أن هذه المسائل أصبحت ثانوية أمام توثيق العقد من جانب العدلين المنتصبين للإشهاد والخطاب عليه من جانب قاضي التوثيق.

وقد امتاز عقد الزواج من بين باقي العقود المدنية الأخرى باشتراط الإشهاد

292 - الآية 184 من سورة البقر.

293 - ابن منظور، م.س، المجلد الأول، ص. 2107 و2108.

294 - صلاح الدين زكي، مرجع سابق، ص 104.

عليه لصحته؛إذ لا يوجد في الشريعة الإسلامية ولا في القانون الوضعي، عقد يشترط لصحته الإشهاد على الإيجاب والقبول فيه سوى عقد الزواج، وإنما خص المشرع الزواج بذلك لشرف محله وعظم شأنه وقدسية مصدره، إذ يتعلق بالأعراض والأنساب، وتبنى عليه أحكام باقية ببقاء الزمان ذات أثر كبير في حياة الشخص وأسرته، كحرمة المصاهرة وثبوت النسب والإرث[295]، وهكذا.

ويضيف البعض الآخر من الفقه أن الزواج يرتب آثارا بالنسبة لغير المتعاقدين ومن ذلك الولد، ومن ثمة اشترط الشارع الإشهاد عليه لئلا يجحده أبوه، فيضيع نسبه[296].

ثانيا – السند الشرعي للإشهاد:

ليس في القرآن الكريم أي نص يفرض الإشهاد على الزواج إما صراحة وإما ضمنا. ولقد وردت بعض الأحاديث النبوية الشريفة التي تفيد ذلك بكيفية صريحة، فقد قال ﷺ:

«لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[297].

وقال ﷺ في حديث آخر:

«لا نكاح إلا ببينة»[298].

وقال ﷺ في حديث ثالث:

«البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة»[299].

والسنة في هذا المجال تكمل كتاب الله، فتنتسب من ثمة إلى الله عز وجل، مصداقا لقوله تعالى:

﴿إن هو إلا وحي يوحى﴾[300].

295 - عمر عبد الله، مرجع سابق، ص 85.

296 - الكاساني، م.س، الجزء الثالث، ص. 391.

297 - أخرجه الدارقطني. وأخرجه أيضا ابن حبان في صحيحه، باب ذكر نفي إجازة عقد النكاح بغير ولي.

ولمزيد من الايضاح ينظر:

- ابن حجر، الفتح كتاب النكاح.

298 - أخرجه الترمذي.

299 - أخرجه الترمذي.

300 - الآية 4 من سورة النجم.

وقوله تعالى في آية أخرى:

﴿وما آتاكم الرسول فخذوه وما نهاكم عنه فانتهوا﴾[301].

والأحاديث النبوية الثلاثة أعلاه يقوي بعضها بعضا، ويضاف إليها أن الزواج شرع لمقاصد جليلة يتعلق بها وجود النوع الإنساني على الوجه الأكمل، فلذلك وجب أن يمتاز عن سائر العقود الأخرى باشتراط الشهادة فيه، ثم إن الإشهاد على النكاح تمييز له عن السفاح، لأن الزنا لا يكون عادة إلا في السر[302]. يقول الجويني من الشافعية:

«ولأنه عقد خطير – أي الزواج – يترتب عليه مقاصد يحتاط لها فوجب صيانته من التجاحد»[303].

ثالثا- موقف الفقهاء من وقت الإشهاد:

ثار خلاف في الفقه الإسلامي بعد اتفاق الفقهاء على وجوب الشهادة في النكاح حول الوقت الذي يجب أن يتوافر فيه شرط الإشهاد على الزواج. وهكذا فبينما يرى الأحناف والشافعية والحنابلة أن الإشهاد يجب أن يتوافر أثناء إبرام عقد الزواج وفي مجلسه، لأنه شرط صحة فيه، أقر المالكية صحة ذلك العقد ولو أبرم بدون شهود عليه، ولكن شريطة أن يتم ذلك الإشهاد أثناء الدخول تطبيقا للحديث الشريف الذي أخرجه الترمذي والبيهقي:

«أعلنوا هذا النكاح وأضربوا عليه بالدف».

فبالنسبة للجمهور، فإن الإشهاد شرط في العقد، وبالنسبة للمالكية هو شرط في الدخول فحسب[304]. مع العلم أن الزواج ينعقد صحيحا ونافذا عند المالكية

---

301 - الآية 7 من سورة الحشر.

302 - الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الموجود تحقيق وتعليق على كتاب بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع للكاساني م.س المجلد الثالث ، ص. 391 (الهامش).

303 - م.س، ج. 12، ص. 52.

304 - يقول ابن عاصم الغرناطي في هذا الصدد:

وفي الدخول الحتم للإشهاد وهو مكمل فـــــي الانعقاد

ويقول ميارة الفاسي معلقا على هذا البيت وشارحا له من وجهة نظر الفقه المالكي:

«يعني أن الإشهاد بالنكاح شرط صحة في الدخول وشرط كمال في الانعقاد فيصح النكاح وينعقد بدون إشهاد بل بحصول الإيجاب من الولي والقبول من الزوج بعد كونه صحيحا منعقدا فيستحب الإشهاد عند العقد خوف موت أو ندم فإن لم يشهد عند العقد فلا بأس ولكن لا يدخل إلا بعد الإشهاد، فإن دخل بغير إشهاد فسخ النكاح بطلقة بائنة ولا حد على الزوجين إن كان النكاح فاشيا ولو علما بوجوب الإشهاد وإن لم يكن فاشيا حدا ولو جهلا

متى وقع الإشهاد على الـــزواج حالة إبرامه، يقول محمد عرفة الدسوقي بهذا الخصوص:

«الإشهاد على النكاح واجب وكونه عند العقد مندوبا زائدا على الواجب فإن حصل الإشهاد عند العقد فقد حصل الواجب والمندوب وإن لم يحصل عند العقد كان واجبا عند البناء...»[305].

ويقول ابن جزي:

«الشهادة على النكاح ولا تجب في العقد وتجب في الدخول، وهي شرط كمال في العقد وشرط جواز في الدخول...»[306].

وجوب الإشهاد وإذا فسخ لدخوله قبل الإشهاد فتستبرأ بثلاث حيض ولهما المراجعة إن شاءا» (قال في المقرب) قال سحنون قلت لابن القاسم أرأيت الرجل يعقد نكاح ابنته البكر ولا يحضر شهودا أتكون هذه العقدة صحيحة قال نعم ويشهدان، فيما يستقبلان هذا إذا لم يكن دخل بها وفي الواضحة قال مالك ومن نكح ولم يشهد لم يضره ولكنه، لا يبني حتى يشهد...».

- م.س، ص154 و155.

وإذا كان دخول الزوج بزوجته يحتاج إلى إشهاد، فقد جاء في حكم للعمارتي أن الزواج يفسخ ولكن يسقط الحد ويلحق الولد إذا كان هذا الزواج فاشيا وجاء طرفاه مستفتيان:

جاء في الحكم:

«... وحضرا بمجلسه رعاه الله أمام شهيديه أمتعهما الله وأقرا معا لدى من ذكر بأنهما تراكنا فيما بينهما على أن يتزوجا ببعضهما وأحضرا طعاما ليلة البناء وجمعا أناسا على ذلك الطعام وبنى الرجل المذكور بالمرأة المذكورة هذه مدة من أربعة أشهر سلفت عن تاريخه من غير إحضار العدلين والولي غفلة منهما عن ذلك وبقيت المرأة المذكورة مع الشخص المذكور وتحت إنفاقه على الوصف المذكور طول المدة المذكورة كما ذكرت المرأة المذكورة لدى من ذكر أن بها حملا منه حسبما ذلك كله بإقرارهما وإشهادهما على أنفسهما به شهيديه ويشهدان به وطلب سيادة باشا المدينة وفقه منه سدده الله إعمال الواجب في القضية المذكورة بما تقتضيه القواعد الشرعية والنصوص الفقهية وتأمل هداه الله في إقرار الشخصين المذكورين بما ذكر لدى من ذكر على نحو ما ذكر تأملا تاما وأمعن النظر في ذلك، إمعانا كليا أشهد أسماه الله أنه حكم بفسخ نكاحهما بطلاق بائن وسقوط الحد عنهما لفشو نكاحهما ومجيئهما مستفتيين وبلحوق الولد بالرجل المذكور إن تحقق وجوده، ففي الزرقاني لدى قول الشيخ خليل وفسخ إن دخل بلا هو ما نصه أي بلا إشهاد بطلقة لأنه عقد صحيح، بائنة كما في تت لأن الفسخ جبري من الحاكم سدا لذريعة الفساد...»

- م.س، ص 178.

وجاء في ا لمعيار للونشريسي أن النكاح متى أشهر مع علم الزوجين والولي بذلك يكفي، وإن لم يحصل إشهاد.

- المعيار المعرب، م.س، الجزء الثالث، ص. 29 و288 و229.

305 - م.س، ص 216.

306 - م.س، ص. 131.

وانظر كذلك، وفي نفس الاتجاه:

- الخرشي، م.س، الجزء الرابع، ص. 126.

وذهب البعض أبعد من ذلك عندما قرر أن الشهادة على النكاح ليست بركن عند مالك وأصحابه ويكفي من ذلك شهرته والإعلان به[307].

وبالرجوع إلى مضمون المادة 13 من مدونة الأسرة، يتضح أن المشرع المغربي قد أخذ برأي الجمهور في المسألة، دون رأي المالكية، عندما قرر أن من شروط صحة عقد الزواج سماع العدلين المنتصبين للإشهاد التصريح بالإيجاب والقبول، أثناء إبرام العقد. واكتفى المشرع القطري بالإشارة إلى ما يلي:

«يشترط لانعقاد الزواج حضور شاهدين رجلين».

رابعا - شروط صحة الإشهاد على الزواج:

ثمة مجموعة من الشروط يجب توافرها في الشاهد لكي تكون شهادته محل اعتبار:

1 - يجب أن يكون الشاهد عاقلا وراشدا، ومن ثم فلا تصح شهادة الصبي وكذلك المجنون والمعتوه.

2 - ويجب أن يكون الشاهد مسلما، إذا كان كل من الزوجين مسلمين، وهذا بإجماع العلماء[308]. ويصح عند الشيخين أبي حنيفة وأبي يوسف أن يتزوج المسلم امرأة كتابية بشهادة كتابيين، وقال محمد وزفر والشافعي إنه لا يجوز.

3 - ويجب أن يكون الشاهد عـدلا لقوله تعالـى:

﴿ وأشهـدوا ذوي عـدل منكـم ﴾[309].

ووجه الدلالة من هذه الآية أن الله تعالى أمر بإشهاد العدل، والفاسق غير عدل فلا تقبل شهادته في النكاح وغيره[310].

وقد استبعد الأحناف والحنابلة هذا الشرط لأن الشهادة عندهم مجرد إعلان فقط، ومن ثم فتجوز عندهم شهادة غير العدل كالفاسق مثلا.

ومن الناحية الفقهية:

---

307 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج. 3 ص. 79.

308 - ابن جزي، م.س، ص. 202.

309 - الآية الثانية من سورة الطلاق.

310 - وفي السنة النبوية:

«لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»، رواه الدارقطني.

«...ينسحب وصف العدالة على الشخص متى كان بالغ الحرص على تجنب الكبائر ويتعفف عن مقارفة الصغائر»[311].

4 - ويجب إشهاد رجلين على الأقل وفقا لما استقر عليه الجمهور وسار عليه المشرع المغربي. وقد أجاز الأحناف بهذا الصدد شهادة رجل وامرأتين طبقا للقواعد العامة المقررة في مجال البينة[312].

5 - وينبغي أخيرا لصحة الإشهاد أن يسمع الشاهدان فعلا تبادل الإيجاب والقبول المتبادل بين الأطراف المعنيين بأمر العقد، وفي مجلسه، تطبيقا لأحكام البند الرابع من المادة 13 السالفة الذكر.

6 - نصت الفقرة الثانية من الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على أنه:

«يشترط في صحة عقد الزواج حضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد الإيجاب والقبول».

وقد اختفت عبارة في مجلس واحد من البند الرابع من المادة 13 مـن مدونة الأسرة، مع العلم أن المشرع قـد سمح للعدلين - استثناء - عندما يتعذر عليهما تلقي الإشهاد مثنى في آن واحـد، أن يتلقياه منفردين بإذن مـن القاضي في آماد متفاوتة[313].

---

311 - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص54 وما بعدها.

312 - مع صدور مدونة الأسرة، ثم القانون 03-16 بشأن خطة العدالة، بدأت تطرح بحدة مسألة ممارسة المرأة لتلك الخطة.

انظر حول الموضوع:

- عبد السلام آيت سعيد، المرأة ومهنة العدول، إشكالية الولوج بين الفقه والقانون والعرف، طوب بريس، الرباط، 2007، ص. 75 وما بعدها.

تنص المادة 27 من القانون رقم 03-16 بشأن خطة العدالة على ما يلي:

«يتلقى الشهادة في آن واحد عدلان منتصبان للإشهاد.

غير أنه يسوغ للعدلين عندما يتعذر عليهما تلقي الإشهاد مثنى في آن واحد، أن يتلقياه منفردين بإذن من القاضي في آماد متفاوتة، إلا إذا نصت مقتضيات خاصة على خلاف ذلك.

إذا تعذر الحصول على إذن القاضي تعين على العدلين إشعاره بذلك داخل أجل ثلاثة أيام من تاريخ التلقي، يجب على العدلين في حالة التلقي الفردي أن ينصا على تاريخ تلقي الإشهاد بالنسبة لكل منهما، مع الإشارة دائما إلى سبب ذلك. كما يجب النص في ضلع الملاحظات على مراجع الشهادة بمذكرة الحفظ لكل منهما...».

313 - المواد 33 و34 و35 من القانون رقم 03-16 المتعلق بخطة العدالة.

ونشير إلى أن العدلين المنتصبين للإشهاد - وهما صاحبا مهنة حرة - يقومان عمليا في التشريع المغربي بدور الإشهاد في العقد من جهة أولى، ويختصان وحدهما، دون غيرهما بتوثيقه من جهة أخرى، على ما يستفاد من النص السابق. وهما يتوفران عمليا على كل الشروط المطلوبة شرعا في الشاهدين، على ما يتضح من المادة وقد تكفلت مقتضيات الفصول 65 و66 و67 من المدونة بتبيان كيفية الإشهاد على عقد الزواج، ومختلف البيانات التي يجب أن يتضمنها العقد الذي يوثقه العدلان بعد الإشهاد على إبرامه. وهذه مسائل سوف نقف عندها بنوع من التفصيل فيما سيأتي.

خامسا - الإشهاد في إطار المادة 14 من مدونة الأسرة:

تنص 14 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«يمكن للمغاربة المقيمين في الخارج أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية والولي عند الاقتضاء، وانتفت الموانع ولم ينص على إسقاط الصداق، وحضره شاهدان مسلمان، مع مراعاة أحكام المادة 21 بعده».

فحسب هذا النص، فظروف بلد الإقامة قد تفرض على الزوجين المغربين إشهاد مسلمين، غير العدلين المنتصبين للإشهاد، وهو ما سمح به المشرع المغربي من خلال النص أعلاه.

وسنرجع لهذا النص بمناسبة تحليلنا للإجراءات الخاصة بإبرام عقد الزواج.

سادسا - تحريم نكاح السر في الفقه الإسلامي:

إذا كان الأحناف والشافعية يرون أن نكاح السر هو النكاح الذي لم يقع الإشهاد على إبرامه مطلقا[314]، فبالنسبة للمالكية، فإن نكاح السر هو الذي حضره الشهود وطلب منهم كتمانه[315]. وقد عرفه الفقيه المالكي ابن عرفة في حدوده كالآتي:

314 - وهو المعروف في مصر بالزواج العرفي والذي أفتى جمهور الفقهاء هناك بتحريمه.

315 - أبو زهرة مرجع سابق، بنفس الموضع.

«نكاح السر هو ما أمر الشهود حين العقد بكتمه ولو كان الشهود ملء الجامع»[316].

ويزيد القرطبي صاحب الجامع لأحكام القرآن الفكرة توضيحا حيث يقول:

«... قال ابن القاسم عن مالك، لو زوج ببينة، وأمرهم أن يكتموا ذلك لم يجز النكاح، لأنه نكاح سر. وإن تزوج بغير بينة على غير استسرار جاز، وأشهدا فيما يستقبلان. وروى ابن وهب عن مالك في الرجل يتزوج المرأة بشهادة رجلين ويستكتمهما قال: يفرق بينهما بتطليقة ولا يجوز النكاح، ولها صداقها إن كان أصابها... وقال أبو حنيفة والشافعي وأصحابهما: إذا تزوجها بشاهدين وقال لهما: اكتما جاز النكاح. قال أبو عمر: وهذا قول يحي بن يحي الليثي الأندلسي صاحبنا: نكاح شهد عليه رجلان فقد خرج من حد السر... والسر عند الشافعي والكوفيين ومن تابعهم: كل نكاح لم يشهد عليه رجلان فصاعدا، ويفسخ على كل حال»[317].

ويرى العلامة ابن رشد الحفيد في كتابه بداية المجتهد ونهاية المقتصد أن

316 - ويلخص العلوي العابدي موقف كل من البناني والزرقاني والرهوني من نكاح السر بالكيفية الآتية: «النكاح السري حرام يفسخ قبل الدخول ولا شيء فيه للمرأة وفسخ أيضا بعد الدخول وللمرأة صداقها المسمى أو صداق المثل إلا إن طال جدا، ولابد أن يكون الزوج هو الذي أمر بالكتمان ولابد أن يكون الطلب قبل العقد، وأما إن كان الطالب للكتمان غير الزوج أو طلبه الزوج بعد العقد فالعقد صحيح ويؤمرون بإفشائه. وسواء طلب الكتمان عن جميع الناس أو طلبه عن طائفة خاصة أو عن شخص واحد، ولو لم يطلب الكتمان إلا عن زوجته السابقة وسواء طلب الكتمان بصفة مؤبدة أو طلبه لمدة معينة كل ذلك حرام» (حاشية بناني 56/2، زرقاني 188/3-240، رهونيفي 232/3).

- الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، إفريقيا والشرق، (م.ط.غ.م)، 1996، ص 62 (رقم 293).

وانظر للتوسع :

- الخرشي، م.س، الجزء الرابع، ص. 187 وما بعدها.

- العدوي، م.س، الجزء الرابع، ص. 187 وما بعدها.

وتعرضت التحفة لنكاح السر في معرض حديثها عن حكم فاسد النكاح :

والعقد للنكاح في السر اجتنب ولو بالاستكتام والفسخ يجب

جاء في الشرح:

«يعني أن نكاح السر وهو ما اتفق على استكتامه وعدم إفشائه قبل العقد أو فيه، وأما بعد العقد فلا يضر ويجب إفشاؤه، ويفسخ ما كان قبل العقد أو فيه قبل البناء وبعده ما لم يطل، فإن طال فلا».

- محمد بن يوسف الكافي، م.س، ص. 80.

- التسولي، م.س، الجزء الأول، ص. 271 وما بعدها.

وانظر كذلك: التاودي بالهامش - أي الحاشية - بنفس الموضع.

- م.س، ج. 3، ص. 79.

317 - م.س، ج. 3، ص. 79.

سبب اختلاف الفقه بهذا الصدد يدور حول السؤال الآتي:

- هل الشهادة تمثل في ذاتها حكما شرعيا أم لا أم إنما المقصود منها سد ذريعة الاختلاف والإنكار؟

فمن قال إنها تمثل حكما شرعيا اعتبرها شرط صحة في الزواج، ومن قال إنها مجرد إجراء للتوثيق فقط اعتبرها شرط تمام ليس إلا.

ونكاح السر يفسخ قبل الدخول وبعده، وقد روي عن الإمام مالك أنه لا يفسخ متى طال عليه الأمد.

ومع تقرير المشرع المغربي أن الزواج يجب أن يبرم أمام عدلين منتصبين للإشهاد، تتمحي عمليا صورة نكاح السر من التشريع المغربي، اللهم إذا ما تم في غير هذا الوضع[318]، حيث يخضع إثباته طبقا للكيفية المنصوص عليها في الفقرة الثانية والثالثة والرابعة من المادة 16 من مدونة الأسرة.

بقيت الإشارة إلى أن نكاح السر هو ما يعرف في القانون المصري بالزواج العرفي.

سابعا- علاقة الوليمة بشرط الإشهاد:

الوليمة طعام النكاح، وهي مندوب إليها في الفقه المالكي[319]. جاء في مواهب الجليل لصاحبه أبي عبد الله محمد الحطاب:

«قال في العتبية... قال مالك، كان ربيعة يقول إنما يستحب الطعام في الوليمة لإثبات النكاح وإظهاره ومعرفته لأن الشهود يهلكون. قال ابن رشد يريد أن هذا هو المعنى الذي من أجله أمر رسول الله ﷺ بالوليمة وحض عليها بقوله لعبد الرحمن بن عوف أو لم ولو بشاة وبما أشبه ذلك من الآثار. وقوله صحيح يؤيده ما روي أن النبي ﷺ مر هو وأصحابه ببني زريق فسمعوا غناء ولعبا، فقال: ما هذا فقالوا نكح فلان يا رسول الله، فقال:

---

318 - انظر للزيادة في الإيضاح تعليقنا على قرار المجلس الأعلى الصادر في 30 أبريل 1985 والمنشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 137 وما بعدها، التعليق منشور بمجلة المحاكم المغربية، عدد 52، ص 61 وما بعدها.

319 - وأوجب ابن حزم الوليمة، حيث قال: «وفرض على كل من تزوج أن يولم بما قل أو كثر».
- المحلى، م.س، ج. 11، ص. 13.

«كمل دينه هذا النكاح لا السفاح ولا نكاح حتى يسمع دف أو يرى دخان وبالله التوفيق...»[320].

ويضيف بشأن وقت الوليمة في نفس الموضع:

«... وقوله بعد البناء هو المشهور قال في العارضة قال ابن حبيب قد كان النبي ﷺ يستحب الطعام على النكاح عند عقده وعند البناء وليس كما زعم ما أطعم قط إلا بعد البناء...».

وهكذا، فالوليمة في حقيقتها - وهي مسألة دينية بالأساس - واقعة تقوي جانب الإشهاد في الزواج على ما يستفاد من الاستدلال الفقهي أعلاه.

ورغم ذلك، فإن من حضر الوليمة يمكن فيما بعد أن يشهد بثبوت الزوجية في حالة التنازع بشأنها بالاعتماد على قول الشيخ خليل:

«إذا تنازعا في الزوجية تثبت ببينة ولو بالسماع بالدف والدخان...»[321].

المبحث الخامس

الصداق

تمهيد:

الصداق هو مؤسسة قانونية وشرعية مرتبطة بالزواج. وقد أشار إليه المشرع المغربي في المادة 13 من مدونة الأسرة على الوجه الآتي:

«يجب أن تتوفر في عقد الزواج الشروط الآتية:

1 -

2 - عدم الاتفاق على إسقاط الصداق.

...».

أولا- التعريف بالصداق والحكمة منه وسنده الشرعي:

1- تعريف الصداق[322]:

---

320 - الحطاب، المجلد الرابع، م.س، ص 2.

321 - (262) ولنا رجوع لهذا النص عند حديثنا عن إثبات الزواج غير الموثق.

322 - يقال في اللغة: الصَّدُقَة - والصَّدَقَة - والصُّدْقَة - والصَّداق والصِّداق مهر المرأة. وأصدق المرأة حين تزوجها، أي جعل لها صداقا وقيل أصدقها سمى لها صداقا. ويطلق على الصداق المهر والنحلة.

الصداق أو المهر أو الطَّوْل أو النحلة أو الفريضة هو ما يبذله الرجل للمرأة من المال المشعر بالرغبة في عقد الزواج الصحيح، لأجل إنشاء أسرة وتثبيت أسس المودة والرحمة بين الطرفين، حسب ما تقضي به أحكام المادة 26 من مدونة الأسرة.

والصداق في أصله مشتق من الصدق لدلالته ـ حسب جانب من الفقه[322] على صدق الرغبة في المرأة.

ونعتقد أن التوفيق قد حالف المشرع المغربي في المادة 26 من مدونة الأسرة عندما اعتبر الصداق بمثابة عطية من الزوج مشعرة بالرغبة في الزواج، وليس مجرد عوض أو مقابل للاستمتاع بالمرأة أو ثمن لها أو للبضع كما يحلو للبعض أن يسميه[324] لأن الصداق[325] ينبغي شرعا وقانونا وأخلاقا أن يسمو ويرتفع عن فكرة البيع والشراء واعتبار قيمته المعنوية والرمزية على حد تعبير المشرع في المادة 26 السالفة الذكر[326].

ـ حاشية الدسوقي، ج 3، م.س، ص. 186 و187.

ـ الآبي الأزهري، ج 1، م.س، ص. 322.

وانظر للوقوف على معان وألفاظ أخرى مشتقة من فعل صدقَ:

ـ ابن منظور، لسان العرب، م.س، المجلد الأول، ص. 2167 وما بعدها.

323 - الآبي الأزهري، ج 1، م.س، ص. 305.

وننوه هنا برأي للجويني – وهو فقيه شافعي – حيث يقول:

«... الصداق لم يثبت على قياس الأعواض، فإن حظها في الاستمتاع منه حظه في الاستمتاع منها، وهما مشتركان في الاستمتاع، ويصح أن يقال حظها أوفى ، لما صح من توفر شهوتها، وعدم تأثير الاستمتاع فيها، ولكن لما اقتضت الحكمة الشرعية استحقاق الرجال باستحقاق منفعتهن... اقتضى الترتيب بعد ذلك اختصاصهن باستحقاق ما يثبت في معرض العوض، وضعف مُنّتهن وعجزهن عن التكسب، وما طلب منهن من التخدّر وعدم الانتشار، ولزوم الحجال، يقتضي ذلك...».

– م.س، ج، 13 ص. 5.

الحجال جمع حجلة وهي ستر يضرب للعروس وفي النص أعلاه كناية عن لزوم البيت.

324 - (265) M. Morand, «Etudes de droit musulman algérien», Alger.1910. p. 45 et suiv.

– G.H. Bousquet. «Précis élémentaire de droit musulman», Alger. 1936. p. 41 et suiv.

325 - وهذا التصور يقول به فقهاء كبار، يقول الكاساني الحنفي مثلا عن الصداق:

«...ولأنه عقد معاوضة، وهو معاوضة البضع بالمهر، فيقتضي وجوب العوض كالبيع...».

ـ م.س المجلد الثالث، ص.513.

326 - تنص هذه المادة على ما يلي:

«الصداق هو ما يقدمه الزوج لزوجته إشعارا بالرغبة في عقد الزواج وإنشاء أسرة مستقرة، وتثبيت أسس المودة والعشرة بين الزوجين، وأساسه الشرعي هو قيمته المعنوية والرمزية وليس قيمته المادية».

وانظر حول الموضوع:

وهكذا، فالصداق هدية لازمة، وعطية مقررة لإظهار شرف عقد الزواج، وهو ليس مقابلا للمتعة، لأن الزوجة تتمتع كما يتمتع زوجها.

2 ـ السند الشرعي للصداق:

الصداق مفروض بكتاب الله تعالى وبسنة نبيه ﷺ.

أما الكتاب فمنه قوله تعالى:

﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة﴾[327].

وقوله تعالى:

﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة﴾[328].

وقوله تعالى:

﴿أو تفرضوا لهن فريضة﴾[329].

فقد أمر الله تعالى في محكم كتابه العزيز الأزواج بأن يعطوا الصداق لزوجاتهم، وقد وصفه الله تعالى في الآية الكريمة الأولى بأنه نحلة، والمراد بها عطية من الله بدون مقابل، ووصفه في الآية الكريمة الثانية والثالثة بأنه فريضة، والمراد بها الأمر الواجب والمفروض.

أما السنة النبوية فقد ورد فيها أن النبي ﷺ تزوج هو نفسه وزوج بناته على الصداق ولم يتركه في الزواج قط مع أن الله سبحانه قد أباح له ذلك بدونه[330]، بل وقد

ـ محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 342 وما بعدها.

ـ محمد مصطفى شلبي، م.س، ص.... وما بعدها.

327 - الآية 4 من سورة النساء.

328 - الآية 24 من سورة النساء.

ويقول الله تعالى كذلك:

﴿وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا أتأخذونه بهتانا وإثما مبينا وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا﴾.

الآية 20 و21 من سورة النساء.

والقنطار في هذه الآية الكريمة دلالة على المهر الكبير جدا.

ـ الصابوني، الجزء الأول، م.س، ص. 228.

329 - الاية 235 من سورة البقرة.

330 - (270) يستنبط المفسرون ذلك عادة من قول الله تعالى:

﴿وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي إن أراد النبي أن يستنكحها خالصة لك من دون

حثّ ﷺ أحد صحابته - ونظرا لفقره - بأن يلتمس ولو خاتما من حديد صداقا لمن يريد الزواج منها، بل زوجه بما معه من القرآن لمّا عجز عن إحضار حتى خاتم من حديد[331].

ففي الشريعة الإسلامية، لا يكون الزواج صحيحا بدون صداق أو الاتفاق على إسقاطه.

3 – التنظيم التشريعي للصداق:

من الناحية التشريعية، فقد تكفل المشرع المغربي بتنظيم أحكام الصداق في المواد من 26 إلى 34 من مدونة الأسرة، حيث تعرض لأهم أحكامه.

4 – الصداق قد يرادف عقد الزواج لدى جانب من الفقه:

نظرا للأهمية الخاصة للصداق، فقد أطلقه الفقه المالكي أحيانا على عقد الزواج نفسه. فحسب ابن سلمون:

«...والصداق ما يبذله الزوج للزوجة في عقد النكاح وهو المهر أيضا وقد يسمي بعض الكتاب المكتوب الذي تقع فيه الشهادة بالنكاح صداقا وذلك تجوز وإنما يسمى ذلك كتاب الصداق أو كتاب النكاح...»[332] وهو المقصود عند المغاربة بـ «ضريب الصداق».

ويطلق صاحب كتاب القوانين الفقهية على عقد الزواج، عقد الصداق[333].

وجاء في تحفة ابن عاصم الغرناطي:

المومنين ﴾.

- الآية 50 من سورة الأحزاب.

جاء في مختصر القرطبي:

«وأحللنا لك امرأة مومنة أحللناها خالصة بلفظ الهبة وبغير صداق وبغير ولي...».

ويعتبر هذا من خصوصيات النبي صلى الله عليه وسلم.

- م.س، الجزء الثالث، ص. 485.

331 - البخاري، صحيح البخاري، باب السلطان ولي وباب الترغيب في النكاح.

انظر للزيادة في الإيضاح حول هذا الموضوع:

- محمود محمد الطنطاوي، مرجع سابق، ص 185 وما يليها.

332 - القاضي أبو محمد عبد الله ابن عبد الله ابن سلمون الكناني، العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود...... على هامش كتاب تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابن فرحون، م.س، ص5

وفي نفس الاتجاه، انظر:

- أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني، م.س، ص 6.

333 - ابن جزي، م.س، ص. 131.

ويرى الحطاب أن النكاح: «ورد بمعنى الصداق في قوله وليستعفف الذين لا يجدون نكاحا...»[334]. وحسب العلامة القرطبي:

«... النكاح ها هنا ما تنكح به المرأة من المهر والنفقة...»[335].

ثانيا- حكـم الصـداق:

اختلف أئمة الفقه الإسلامي عموما حول حكم الصداق، وهكذا فبينما اعتبره المالكية والظاهرية شرط صحة بالنسبة لعقد الزواج لا يصح إلا بالاتفاق عليه، اعتبره الجمهور أثرا من آثار ذلك العقد فقط. وينتج عن ذلك أن الزواج عندهم يقع صحيحا مرتبا لكل آثار، ولو اتفق الأطراف على إسقاطه أو سكتوا عنه، وإنما تستحق المرأة صداق المثل بعد أن يبني الزوج بها[336].

وقد التزم المشرع المغربي رأي المالكية بالنسبة لشرط الصداق عندما نص الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على أنه «لابد من تسمية مهر للزوجة ولا يجوز العقد على إسقاطه».

وفي مدونة الأسرة الحالية - وربما رفعا للحرج الذي يشعر به بعض الراغبين

---

334 - م.س، المجلد الثالث، ص. 403.

335 - الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج. 12، ص. 243.

336 - يقول أبو زهرة:

«المهر حق من حقوق الزوجة على زوجها، وهو حكم من أحكام عقد الزواج، أي أثر من آثاره، وليس شرط صحة، ولذا ينعقد الزواج من غير ذلك المهر، بل ينعقد الزواج ويلزم المهر، ولو اتفق الزوجان على أن لا مهر»

- م.س، ص 195.

وللتوسع، انظر:

- الكاساني الحنفي، م.س، المجلد الثالث، ص480 وما بعدها.

ودليلهم في ذلك قول الله تعالى:

﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ﴾.

(الآية 234 من سورة البقرة).

ذلك أن الله تعالى نفى الإثم والجناح عمن يطلق زوجته قبل الدخول في عقد لم يسم ولم يفرض فيه المهر، حيث دل ذلك على أن عقد الزواج يصح بدون تسمية للصداق فيه.

وانظر للتوسع حول الفكرة:

- عمر عبد الله، م.س، ص. 276.

في الزواج من ذوي الدخل المحدود أو المنعدم ـ اكتفى المشرع بالنص على وجوب «عدم الاتفاق على إسقاطه»، ومعنى ذلك من الناحية القانونية أن سكوت الزوجين عن الصداق لا يفسد عقد الزواج وإنما الذي يفسده، من الناحية القانونية، هو الاتفاق ـ وبكيفية صريحة ـ على الزواج بدون صداق، ويؤكد المشرع موقفه هذا عندما نص ثانية في المادة 67 من نفس المدونة على أن عقد الزواج يتضمن ما يلي:

«**مقدار الصداق في حال تسميته مع بيان المعجل منه والمؤجل، وهل قبض عيانا أو اعترافا**».

وتفيد عبارة حال تسميته أنه قد لا يسمى في الرسم الذي يتضمن عقد الزواج.

فحسب هذا المقتضى، يمكن أن يسمى الصداق في عقد الزواج ويمكن ألا يسمى، وليس للعدلين أن يصرا على تسميته. وفي حالة السكوت عن تحديد الصداق يعتبر العقد زواج تفويض[337].

ولا يعني زواج التفويض أن الصداق غير موجود بالمرة، وإنما يعني فقط أنه قد تم السكوت عنه لا غير[338]، إذ أن عدم وجوده يفسد عقد الزواج.

والقاعدة في التشريع المغربي أن الصداق هو:

«**ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت، ولا حق للزوج في أن يطالبها بأثاث أو غيره مقابل الصداق الذي أصدقها إياه**»[339].

مع العلم أن العوائد تجري أحيانا بخلاف ذلك في الكثير من المناطق المغربية وأن الذي جرى به العمل فقها أن المرأة تجهز نفسها بصداقها[340].

وما دام الصداق ملك خالص للزوجة، فلها أن تهبه إلى زوجها، كله أو بعضه، ولها أن تتنازل له عنه إن لم تكن قبضته، مصداقا لقول الله تعالى:

﴿وآتوا النساء صدقاتهن نحلة، فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا﴾[341].

---

337 - تنص المادة 27 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«يحدد الصداق وقت إبرام العقد وفي حالة السكوت عن تحديده يعتبر العقد زواج تفويض».

338 - الحسن بن رحال، بحاشية ميارة الفاسي على شرح التحفة، ج. الأول، م.س.، ص. 154.

339 - المادة 29 من مدونة الأسرة.

340 - ميارة الفاسي، م.س.، الجزء الأول، ص. 176.

341 - الآية 4 من سورة النساء.

يقول القرطبي إن النص يخاطب الأزواج: «ويدل بعمومه على أن هبة المرأة صداقها لزوجها بكرا كانت أو ثيبا جائزة، وبه قال جمهور الفقهاء. ومنع مالك من هبة البكر الصداق لزوجها وجعل ذلك للولي مع أن الملك لها»[342].

ثالثا ـ صفة الصداق:

1 – الصداق من لوازم عقد الزواج.

الصداق عبارة عن مال على ما يستفاد من قوله تعالى:

﴿وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة، ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة إن الله كان عليما حكيما﴾[343].

يغلب في الواقع العملي أن يكون الصداق عبارة عن مبلغ من النقود. ومن الناحية القانونية والشرعية، لا مانع يمنع من أن يكون غير ذلك، فيصح أن يتمثل في أي مال منقول أو عقار داخل في دائرة التعامل كشقة مثلا، أو سوار من ذهب، أو فضة أو سيارة أو كتب أو تلفاز، أو حق ما يتصل بملكية أدبية أو فنية مثلا[344]، أو براءة اختراع[345]، أو أصل تجاري، أو الانتفاع بشيء معين كسكنى دار بدون أجر لفترة معينة،

---

342 - م.س.، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس، ص. 18.

343 - الآية 24 من سورة النساء.

344 - ذلك أن حق التأليف ـ وهو ما يصطلح عادة على تسميته بالملكية الأدبية ـ له جانب أدبي لصيق بشخص المؤلف وهو لا يقبل أن يكون محلا لتصرف قانوني مالي، وجانب مادي يتعلق بحق المؤلف في استغلال مصنفه ماديا وهذا الحق ـ وبخلاف الأول ـ يقبل أن يكون محلا لتصرف قانوني وهو ينتقل إلى الورثة بسبب الموت.

ومن المعلوم أن المصنفات الأدبية والفنية محمية في الوقت الراهن بالقانون رقم 2.00 المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة الذي دخل حيز التنفيذ بالظهير الشريف رقم 1.00.002 الصادر في 9 ذي القعدة 1420 (15 فبراير 2000).

- الجريدة الرسمة عدد 4796 بتاريخ 14 صفر 1421 (18 ماي 2000).

وانظر لمزيد من الإيضاح:

- عبد الحفيظ بلقاضي مفهوم حق المؤلف وحمايته جنائيا، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1997.

- الأزهر محمد، حماية حقوق المؤلف في القانون المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء سنة 1992.

345 - وبخصوص براءة الاختراع، فهي منظمة حاليا بالقانون رقم 97–17 المتعلق بحماية الملكية الصناعية، والذي صدر الأمر بتنفيذه بالظهير رقم 19–00–1 بتاريخ 9 ذي القعدة 1420 (15 فبراير 2000).

أو استغلال موارد مالية خاصة، أو الإبراء من دين، أو القيام بعمل ما[345]. وفي هذا الصدد نصت المادة 28 من مدونة الأسرة على أنه:

«كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون صداقا».

ويقول الشيخ خليل: «وجاز بشورة»[347].

والمقصود بالشورة ما تأتي به الزوجة من أفرشة وأغطية وأواني إلى بيت زوجها ليلة زفافها، ويشترط المالكية أن تكون الشورة محددة في هذه الحالة[348].

وانطلاقا من النص التشريعي أعلاه ـ أي المادة 28 ـ ، نؤكد أنه يمتنع أن يكون الصداق عبارة عن شيء أو حق أو عمل لا يصح التزامه شرعا، أي لا يدخل في

ج.ر. عدد 4776 بتاريخ 9 مارس 2000، ص. 366.

وانظر حول الموضوع:

ـ د. محمد محبوبي، النظام القانوني للمبتكرات الجديدة في ضوء التشريع المغربي المتعلق بحماية الملكية الصناعية والاتفاقيات الدولية (دكتوراه)، دار أبي رقراق للطباعة والنشر، 2005، ص. 67 وما بعدها.

346 - ومن باب القيام بعمل ما ورد في النص القرآني:

﴿إني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فإن أتممت عشرا فمن عندك﴾.

إن نبي الله شعيبا طلب من نبي الله موسى أن يتزوج إحدى ابنتيه مقابل صداق يتمثل في العمل لديه كراع للغنم لمدة ثماني سنوات.

يقول القرطبي:

«أما النكاح بالإجارة فظاهر من الآية، وهو أمر قد قرره شرعنا وجرى في حديث الذي لم يكن معه إلا شيء من القرآن، رواه الأئمة».

ـ م.س، الجامع لأحكام القرآن، ج. 12، ص. 273.

347 - وجاز بشورة معناه، أنه يصح أن يكون الصداق عبارة عن شورة. وإذا لم توصف الشورة يجب العمل مع اعتبار عوائد أهل البلد

ـ المواق، التاج والإكليل، (على هامش مواهب الجليل للحطاب)، م.س، الجزء الثالث، ص. 500.

وسنرجع فيما سيأتي إن شاء الله للحديث عن الشورة والشوار بكيفية مستفيضة.

وإذا كانت الزوجة فاقدة أو ناقصة الأهلية لصغر أو جنون، أو كانت محجورا عليها لسفه، فصاحب الحق في قبض صداقها نيابة عنها هو من له نيابة شرعية عليها، وهو حسب المادة 231 من مدونة الأسرة :

«الأب الراشد

ـ الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته

ـ وصي الأب

ـ وصي الأم

ـ القاضي

ـ مقدم القاضي».

348 – الخرشي، م.س، الجزء الرابع، ص. 302.

دائرة التعامل من وجهة الشريعة الإسلامية، مثل الدم والخمر ولحم الخنزير والمخدرات والمال المملوك للغير، والمال المغصوب، والإبراء من دين ناتج عن قمار وقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق[349]، وإن تم في هذه الحالة، كان عقد الزواج فاسدا لصداقه يفسخ قبل الدخول ويصحح بعد الدخول بصداق المثل[350].

يقول الشيخ خليل: «الصداق كالثمن» أي يشترط فيه ما يشترط في الثمن صفة وإثباتا ونفيا. وهذا لا يعني أبدا أن الصداق ثمن للمرأة وإنما يعني أنه يخضع لما يخضع له الثمن في عقد البيع من أحكام. يقول ابن عاصم الغرناطي في هذا الصدد:

وكل ما يصح ملكا يمهر إلا إذا ما كان فيه غـرر

وعليه، فإذا وجد بالصداق عيب ما، تم الاحتكام لأحكام الثمن في عقد البيع، وهو لا يدخل في ضمانها – أي الزوجة – إلا بقبضه.

2 ـ تحريم زواج الشغـار:

زواج الشغار هو زواج كان شائعا في الجاهلية، وصورته أن يزوج الولي مثلا من هي تحت ولايته كبنته أو أخته مثلا لرجل آخر في مقابل أن يزوجه هذا الأخير من امرأة أخرى يباشر بدوره الولاية عليها كبنته أو أخته مثلا، مع اشتراط ألا يكون لكلتا المرأتين أي صداق بالمرة، وهو صريح الشغار، أو يكون لهما نفس الصداق وهو وجه الشغار، أو يتم السكوت عن الصداق بالنسبة للزوجتين معا، أو يكون لإحداهما صداق، ولا صداق للأخرى وهو مركب منهما أي من الصورتين أعلاه معا..

ولقد أبطلت الشريعة الإسلامية هذا النوع من الزواج، ودليل ذلك ما رواه البخاري ومسلم عن مالك عن نافع عن ابن عمر، رضي الله عنهما «أن رسول الله ﷺ نهى عن الشغار. والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق» وما رواه مسلم عن ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال:

«لا شغـار في الإسـلام».

---

349 - عرفة الدسوقي، م.س، ص294.

ـ الرهوني، حاشية الإمام الرهوني على شرح الزرقاني لمختصر خليل وبهامشه حاشية المدني على كنون، المجلد الرابع، دار الفكر، ص 2 وما بعدها.

350 - المادة 60 من مدونة الأسرة.

ولكن، فبينما قرر المذهب المالكي ونظيره الشافعي فساد زواج الشغار من أساسه وبالتالي وجوب فسخه[351] إن وقع كقاعدة، قرر الأحناف صحة هذا الزواج متى

351 - لم تشر لا مدونة الأحوال الشخصية ولا مدونة الأسرة التي حلت محلها إلى زواج الشغار ولم تبين حكمه وعليه فلا مناص من الرجوع بشأنه إلى أحكام الفقه المالكي، حيث يقول ابن عاصم الغرناطي مثلا:

والبضع بالبضع هو الشغار   وعقـــده ليس لـــه قرار

«... قيل إنما سمي نكاح الشغار لخلوه من الصداق مأخوذ من قوله بلدة شاغرة أي خالية من أهلها والشغار على وجهين صريح الشغار ووجه الشغار فصريح الشغار هو ألا يذكر فيه صداق كزوجني ابنتك على أن أزوجك ابنتي فيكون صداق كل واحدة بضع الأخرى ويفسخ أبدا وإن دخل وطال وولدت الأولاد ووجه الشغار أن يذكر فيه صداق كل واحدة سواء كان مماثلا لصداق الأخرى أو مخالفا كزوجني أختك بمائة على أن أزوجك أختي بمائة وخمسين ويفسخ قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل... فإن سموا لواحدة دون أخرى كزوجني أختك بمائة على أن أزوجك أختي فهو مركب من الوجهين وكل واحدة على حكمها فالتي سمي لها مهر يفسخ نكاحها قبل البناء ويثبت بعده بصداق المثل والتي لم يسم لها يفسخ أبدا قبل البناء وبعده...».

- ميارة الفاسي، مرجع سابق، ص 173.

وحتى تزيد الصورة وضوحا تورد الفتوى الآتية حول الشغار:

«وسئل أيضا - السجلماسي - عمن تزوج أخت رجل بعد أن كان زوج ابنته منه أي من الرجل المذكور، وبين العقدين ما يزيد على شهر، وقد سمي صداق كل واحدة من المرأتين، فهل يجوز فعلهما، لعدم تعليق نكاح إحداهما على نكاح الأخرى؟ أم ذلك من الشغار لتقدم خطبة كل منهما عن الأخرى.

فأجاب: إذا لم يشترط عند نكاح الأولى نكاح الثانية فليس من نكاح الشغار، وكل من العقدين صحيح، بدليل ما نقل في التوضيح، ونصه:

قال أبو عمران في رجلين عقد كل واحد منهما نكاح أخته من صاحبه في مجلس واحد، هو جائز إذا لم يفهم أنه إن لم يزوج أحدهما صاحبه لم يزوجه الآخر، ومثله لابن لبابة قال: إن قال زوجني وأزوجك وعقدا على ذلك وسميا صداقا جاز، قال: والذي يشبه الشغار: زوجني على أن أزوجك، وإن زوجتني زَوَّجْتُكَ. فإذا جاز النكاح في مسألتي أبي عمران وابن لبابة مع وقوع العقدين في الأولى بمجلس واحد وظهور الوعد في الثانية من قوله زوجني وأزوجك فلأن يجوز في مسألة السؤال من باب أولى، وبالله التوفيق.

وسئل أيضا عن أخوين قال أحدهما للآخر أعطني ابنتك لولدي فقال له الآخر، وأنت أعطني ابنتك، فقال له الأول: أعطيتك، فقال الآخر وأنا أعطيتك، ولم يتعرضا لذكر الصداق أو نيتهما أن ما أتى به أحدهما من قليل أو كثير يأتي الآخر بمثله، فهل نكاح الإبنتين صحيح أم لا، والحال أنه لم يقع دخول بالبنتين معا إلى الآن؟

فأجاب: الحمد لله، مقتضى اللفظ المحكي أن نكاح كل واحدة من البنتين موقوف على نكاح صاحبتها، وإذا كان كذلك فهو شغار، وعلى كل حال يجب فسخه إذا اطلع عليه قبل البناء، سواء صدقا في نيتهما أن لكل واحدة من البنتين صداقا مسمى مساويا لصداق الأخرى أو لم يصدقا.

وقلنا: إنهما دخلا على إسقاط الصداق بينهما، لأن الأول وجه الشغار، والثاني صريحه، وكلاهما يفسخ قبل البناء، قال في الوثائق المجموعة: نكاح الشغار منهي عنه بالحديث، وهو: أن يزوج الرجل ابنته أو وليته من رجل على أن يزوجه الآخر ابنته أو وليته، ويفسخ قبل الدخول وبعده، ولها صداق المثل بالدخول، ثم قال: وإن سميا صداقا على أن يصدق كل واحد منهما ولية صاحبه صداقا فسخ قبل الدخول وثبت بعده، ويكون لكل واحدة صداق المثل، إلا أن يكون أقل من المسمى فلا تنقص من المسمى شيئا. وبالله التوفيق...».

- المهدي الوزاني، النوازل الكبرى، م.س، الجزء الثالث، ص. 388 و389.

سمي لكل من الزوجتين صداق المثل بعد إبرام العقد، تمشيا مع موقفهم بالنسبة للصداق الذي يعد عندهم أثرا في عقد الزواج لا شرط صحة فيه[352].

غير أن المذهب المالكي، ومراعاة منه للخلاف أعلاه، قرر ثبوت الشغار بعد الدخول[353].

وفي المذهب الظاهري، يبطل نكاح الشغار لعموم حديث رسول الله ﷺ: «لا شغار في الإسلام»[354].

ومع الرفع من سن الزواج، وإلغاء الولاية كشرط لصحة الزواج، ومكنة إبرام الزواج مع السكوت عن الصداق، يصعب تصور مثل هذا الزواج على أرض الواقع في الوقت الراهن.

رابعا - مقدار الصداق:

1 - أكثر الصداق:

لا خلاف بين جمهور الفقهاء في أنه ليس للصداق حد أعلى يجب أن ينتهي عنده، وقد استندوا في إجماعهم ذلك على قوله تعالى:

﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا ﴾[355].

وعلى هذه الآية الكريمة، استندت المرأة التي حاجت عمر بن الخطاب عندما قرر أن يضع حدا أعلى للصداق فجعلته يتراجع، بل ويقر أمام الملإ بخطإ ما سبق له أن أقدم عليه[356]. وجاء في التحفة:

352 - انظر حول الموضوع:

- الكاساني، م.س، المجلد الثالث، ص. 492 و493.

353 - الآبي الأزهري، جواهر الإكليل، ج. 2، ص. 378.

354 - ابن حزم، المحلى، م.س، ج. 11، ص. 64 وما بعدها.

355 - الآية 20 من سورة النساء.

مع العلم أن القنطار في هذه الآية الكريمة دلالة واضحة على كبر حجم الصداق، وقد سبقت الإشارة إلى ذلك.

356 - روي أن عمر بن الخطاب أراد أن ينهى الناس عن المغالاة في المهور ويحدد لها مقدارا معينا لا يتعداه أحد فقال في إحدى خطبه: "ألا لا تغالوا في صدقات النساء فإنها لو كانت مَكْرُمة في الدنيا أو تقوى عند الله لكان أولاكم بها رسول الله ﷺ ما أصدق قط امرأة من نسائه ولا بناته فوق اثني عشر أوقية». حديث أخرجه الإمام أحمد في مسنده والترمذي في سننه وأبو داود في سننه.

فقامت إليه امرأة فقالت يا عمر يعطينا الله وتحرمنا أليس الله سبحانه وتعالى يقول:

«وليس للأكثر حد».

ولاعتبارات اجتماعية بالأساس، توصي مدونة الأسرة - من غير إلزام - بأن يعتز بالقيمة المعنوية والرمزية للصداق دون قيمته المادية، على ما يستفاد وبكيفية صريحة من مقتضيات المادتين 26 و28 منها. وفي المذهب الحنبلي، جاء في كتاب المقنع:

«ويستحب تخفيفه...»[357]

2 ـ أقل الصداق:

اختلف الفقهاء في مقدار الحد الأدنى للصداق اختلافا كبيرا، وإن كان المشهور في ذلك الخلاف رأيان:

أولهما: إن أقل الصداق هو ما يجب فيه القطع في السرقة، وقد ذهب إلى ذلك كل من الحنفية والمالكية، ومفاده أن الحنفية يقولون إن أقل ما يجب فيه القطع عشرة دراهم، والمالكية يقررون أن أقل ما يجب فيه القطع ثلاثة دراهم أو ربع دينار فقط[358].

وهو ما عبر عنه ابن عاصم الغرناطي بقوله:

«وربع دينـار أقـل الصداق».

وثانيهما: إن الصداق لا حد لأقله، بل إن كل ما اتصف شرعا بصفة المال

﴿وآتيتم إحداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيئا﴾.

فقال عمر: أصابت امرأة وأخطأ عمر.

وفي رواية: فأطرق عمر، ثم قال كل الناس أفقه منك يا عمر.

وقد جاء في بعض الروايات أن عمر لما سمع كلام المرأة رجع إلى المنبر فقال: إني كنت نهيتكم أن تزيدوا في صدقات النساء على أربعمائة درهم فمن شاء أن يعطي من ماله ما أحب.

ولمزيد من الإطلاع ينظر:

- ابن حجر في كتابه فتح الباري في شرح صحيح البخاري، باب قول الله تعالى: ﴿ وآتوا النساء صدقاتهن نحلة ﴾.

- محمد مصطفى شلبي، م.س، ص348 و349.

وانظر كذلك:

- الجويني، م.س، ج. 3، ص. 9.

357 - م.س، ج. 3، ص. 72.

358 - انظر حول الموضوع:

- الشيخ علي محمد معوض والشيخ عادل أحمد عبد الجواد، تحقيق وتعليق على هامش بدائع الصنائع للكاساني، الجزء الثالث، م.س، ص. 487 وما بعدها.

جاز أن يكون مهرا. وقد ذهب إلى ذلك كل من الشافعية والحنابلة والظاهرية وابن وهب من المالكية[359] الذي نقل عنه أنه لا حد لأقله وأن النكاح يجوز بالقليل كما يجوز بالكثير[360].

ونعتقد أن هذا الموقف الأخير أكثر رجحانا من الموقف الأول، لأنه يجد سنده في حديث سهل بن سعد الذي رواه كل من البخاري ومسلم والذي نسوقه فيما يلي:

«عن سهل بن سعد أن النبي ﷺ جاءته امرأة فقالت: يا رسول الله إني وهبت نفسي لك، فقامت قياما طويلا، فقام رجل فقال: يا رسول الله زوجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، فقال رسول الله ﷺ هل عندك من شيء تصدقها إياه؟ فقال: ما عندي إلا إزاري هذا. فقال النبي ﷺ إن أعطيتها إزارك جلست لا إزار لك، فالتمس شيئا، فقال: ما أجد شيئا، فقال التمس ولو خاتما من حديد، فالتمس فلم يجد شيئا، فقال له النبي ﷺ: هل معك من القرآن شيء؟ قال: نعم، سورة كذا وسورة كذا لسور يسميها، فقال النبي ﷺ: قد أنكحتكها بما معك من القرآن».(أخرجه البخاري في صحيحه باب الترغيب في النكاح).

فقوله عليه الصلاة والسلام التمس ولو خاتما من حديد، دليل قطعي على أنه لا حد لأقل الصداق، لأنه لو كان له قدر لبينه[361].

---

359 - لأخذ فكرة عن هذا الجدل الفقهي انظر:

- ابن رشد القرطبي، مرجع سابق، ص14 و15.

- محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص171 وما بعدها.

360 - محمد عرفة الدسوقي، م.س، ص302.

ثار خلاف بين الفقهاء حول الزواج بالقرآن - أو تعليم القرآن - باعتباره صداقا، حيث هنالك من يجيزه بالاعتماد على الحديث أعلاه. وهنالك من يرى أن تعليم القرآن قربة، وبالتالي لا يصح أن يكون صداقا مثله في ذلك مثل باقي الفرائض من صلاة وصوم وحج وشهادة وزكاة، ولأن الفروج لا تستباح إلا بالمال، مصداق لقوله تعالى:

﴿ وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين غير مسافحين فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ﴾.

- الآية 24 من سورة النساء.

وانظر للتوسع حول الموضوع:

- عبد الله بن الطاهر السوسي التناني، مدونة الأسرة في إطار المذهب المالكي وأدلته، م.س، ص. 118 وما بعدها.

361 - الكاساني، المجلد الثالث، ص 487 وما بعدها.

- ابن رشد الحفيد، بنفس الموضع

وقد استنتج العلامة ابن رشد الحفيد من بعض الروايات الأخرى لحديث البخاري ومسلم أعلاه والتي ورد فيها «قم فعلمها» أن النكاح هنا قد اتخذ صورة إجارة.

وعن عامر بن ربيعة أن امرأة من بني فزارة تزوجت على نعلين فقال لها النبي ﷺ: «أرضيت من نفسك ومالك بنعلين ؟»، قالت نعم: فأجازه.

رواه أبو داود والترمذي وصححه.

ولقد كان المشرع المغربي بدوره أكثر اقتناعا بهذا الرأي الأخير عندما نص في الفقرة الثانية من الفصل 17 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على أنه:

«لا حد لأقل المهر ولا لأكثره».

غير أن هذه القاعدة لم تعد تنسجم في شقها المتعلق بأكثر الصداق مع المادتين 26 و28 من مدونة الأسرة التي توصي بعدم المغالاة في المهور.

فطبقا للتشريع المغربي الحالي، فإن كل ما رضيت به الزوجة من مال صح أن يكون صداقا، ولو كان شيئا تافها، يشترط فقط أن يدخل في دائرة التعامل، لأن الصداق في حقيقة الأمر لا يجب أن ينظر إلى قيمته بقدر ما يجب أن ينظر إليه كرمز للتقدير والمودة وشعار لبناء الأسرة، خاصة أنه قد روي عن الرسول ﷺ أن:

«خير الصداق أيسره»[362] و«إن أعظم النكاح بركة أيسره مؤونة»[363].

نشير فقط إلى أنه كثيرا ما تنتج عن المغالات في المهور مآسي اجتماعية قد تبقى آثارها ظاهرة للعيان داخل الأسرة بعد إبرام عقد الزواج بوقت جد طويل. ذلك أن الزوج الذي يدفع مهرا غاليا ويغالي في إقامة حفل الزفاف، ويعيش فيما بعد في ضائقة مالية مزمنة وخانقة، لا يتورع غالبا من اتهام الزوجة في كل وقت وحين في كونها السبب الرئيسي في كل ما حل به من أزمات مالية.

بقيت ملاحظة أساسية لابد من إبدائها، ومفادها أنه بعد الاتفاق على مبلغ الصداق لا مانع يمنع الزوج من أن يزيد فيه، ولا مانع يمنع الزوجة من أن تحط من مقداره، سواء أثناء التعاقد - أي في مجلس العقد - أو بعد ذلك، بل ولا مانع يمنع من استبداله بشيء آخر. إنما يشترط فقط أن يكونا أهلا لذلك من الناحية القانونية[364].

وتستنتج هذه الأحكام من قوله عز من قائل:

- م.س، الجزء الثاني ص. 14 و15.

362 - أخرجه مسلم. وللمزيد من الإطلاع ينظر : تحفة الأحوذي في شرح سنن الترمذي، كتاب النكاح.

363 - أخرجه مسلم وأحمد في سننه.

364 - محمد مصطفى شلبي، م.س، ص 363.

﴿ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة﴾[365].

وفي هذا الصدد، جاء في قرار للمجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا - أن منازعة الزوج في استحقاق زوجته مؤخر صداقها على اعتبار أن إبرامه لعقد الزواج كان تحت الإكراه واستكثار قيمته لعدم مراعاة صداق المثل، لا يلتفت إليها ما دام قد ثبت أن إبرام عقد الزواج حال وجوده بالسجن كان بطلب منه[366].

خامسا ـ الصداق المسمى وصداق المثل:

الصداق من حيث الوصف القانوني الذي قد يتصف به، إما صداق مسمى وإما صداق المثل.

فما المقصود بالصداق المسمى وما المقصود بصداق المثل في مجالنا هذا؟

1 ـ الصداق المسمى:

الصداق المسمى هو الصداق الذي حدد مبلغه في عقد الزواج، أو تم تحديده بعد إبرام ذلك العقد عن طريق اتفاق خاص لاحق بين الزوجين في إطار زواج تفويض[367].

والصداق المسمى، إذا كان أقل من صداق المثل، فإنه يتعين أن يوافق عليه كل من الزوجة ووليها إذا كانت الزوجة دون سن الرشد، أي دون الثامنة عشرة من عمرها، أما إذا كانت كاملة أهلية الأداء، فإنها تستقل وحدها ـ ودون تدخل من الولي ـ بتحديد الصداق الذي تريده. فلها أن ترضى منه بأي قدر كان، وليس لوليها حق الاعتراض على ذلك الرضى[368].

وأساس هذا الحكم الأخير أن الصداق يعتبر من المصالح المالية للزوجة، وهي

---

365 - الآية 24 من سورة النساء.

366 - قرار شرعي صادر بتاريخ 21 يونيو 2011، مجلة قضاء محكمة النقض، العدد 75، ص. 129 وما بعدها.

367 - «المهر المسمى هو الذي اتفق عليه عند العقد أو قدر بعده بتراضي الطرفين، كما إذا تم العقد بدون تسمية المهر، ثم اتفقا بعده على قدر معين، فإنه يكون المهر الواجب متى كانت تسميته صحيحة...».

- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 350.

368 - ينص الفصل 23 من قانون الأحوال الشخصية الملغاة على ما يلي:

«إذا رضيت الرشيدة أن تتزوج بأقل من صداق مثلها لم يكن لأوليائها اعتراض عليها».

وقد سكتت مدونة الأسرة عن هذا الحكم، غير أنه يبقى من القواعد العامة التي تفرضها أحكام الأهلية المدنية عموما.

محجور عليها في مصالحها المالية قبل أن تبلغ سن الرشد، مثلها في ذلك مثل الرجل فإذا رشدت استقلت بتدبير شؤونها المالية ومن ضمنها الصداق، فتطالب منه بالكثير أو بالقليل، بل ولها أن تتنزل عنه بعد الاتفاق عليه وعلى مقداره، ولا شيء عليها في ذلك، على ما يستفاد من الآية 24 من سورة النساء، وقد سبقت الإشارة إليها أعلاه.

2ـ صـداق المثـل:

يعمل بصداق المثل في مدونة الاسرة المغربية في حالتين اثنتين، تستفادان من المادتين 27 و60 من مدونة الأسرة.

أـ حالة زواج التفويض:

تعرض المشرع المغربي لزواج التفويض في المادة 27 من مدونة الأسرة عندما نصت على أنه:

«يحدد الصداق وقت إبرام العقد، وفي حالة السكوت عن تحديده، يعتبر العقد زواج تفويض.

إذا لم يتراض الزوجان بعد البناء على قدر الصداق في زواج التفويض، فإن المحكمة تحدده مراعية الوسط الاجتماعي للزوجين».

وهكذا، فعندما يسكت الزوجان عن تحديد الصداق انسجاما مع مقتضيات المادة 13 من مدونة الأسرة التي لا تفرض الاتفاق على الصداق وإنما فقط عدم الاتفاق على إسقاطه، فإننا نكون أمام زواج تفويض يجب أن يحدد فيه الصداق قبل البناء أو بعده برضى الزوجين معا، أو من أحدهما وقبول من الطرف الآخر، وإلا تولت المحكمة – قسم قضاء الأسرة – ذلك التحديد في حالة النزاع، بناء على طلب أحد الزوجين.

عمليا، لا مانع يمنع الزوجين من اللجوء إلى التحكيم لتحديد الصداق في الحالة التي نحن بصددها.

ب ـ حالة الزواج الفاسد لصداقه:

قد يسمى للزوجة صداق مما لا يصح الالتزام به شرعا، أي مما لا يدخل شرعا في دائرة التعامل، حيث يفسد العقد لصداقه، وهو يفسخ قبل البناء

ويصحح بعد البناء بصداق المثل، تطبيقا للمادة 60 من مدونة الأسرة، وقد نصت على ما يلي:

«يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح بعد البناء بصداق المثل، وتراعي المحكمة في تحديده الوسط الاجتماعي للزوجين».

ويبقى من الصعب جدا تصور الواقعة المفترضة في المادة أعلاه لأن العدلين المنتصبين للإشهاد لا يقبلان النص على صداق لا يدخل في دائرة التعامل.

ج ـ مفهوم صداق المثل عند الفقهاء:

يقصد بصداق المثل – من الناحية الفقهية – الذي قد تستحقه الزوجة، ذلك الصداق الذي يعطى عادة لامرأة أخرى وقت العقد، تضاهيها «سنا وجمالا ومالا وبلدا وعقلا وعملا وأدبا وبكارة وثيوبة وفي عدم الولد لأن المهر يختلف باختلاف هذه الأوصاف... لاختلاف رغبات الناس فيها...»[369] وحسب فقيه مالكي فإن:

«صداق المثل إنما فيه لأوصاف المرأة من مال وجمال وحسب ونسب...»[370].

وبينما اشترط الأحناف أن المرأة التي يقاس عليها يجب أن تكون من أسرة الزوج كبنته أو أخته أو ابنة أخيه أو ابنة عمته، اكتفى المالكية باشتراط المماثلة من جانب الحسب والنسب فقط[371].

وفي المذهب المالكي دائما، يصح النكاح على صداق المثل. قال المتيطي:

«يجوز النكاح على صداق المثل فيجب بالعقد ويجب نصفه بالطلاق قبل البناء وجميعه بالموت»[372].

د ـ تحديد صداق المثل في مدونة الأسرة:

سكتت مدونة الأحوال الشخصية الملغاة عن كيفية تحديد صداق المثل.

---

369 - عمر عبد الله، مرجع سابق، ص 286.

وانظر كذلك المرحوم صلاح الدين زكي، مرجع سابق، ص 111.

370 - محمد عرفة الدسوقي، م.س، ص308.

371 - صلاح الدين زكي، بنفس الموضع.

372 - محمد عرفة الدسوقي، م.س، ص296.

– الخرشي، م.س، الجزء الرابع، ص. 303.

وينطلق الفقهاء عادة، وهم بصدد ذلك التحديد من معيار شخصي يرتبط بأوصاف تخص الزوجة أساسا.

وقد تبنت مدونة الأسرة معيارا موضوعيا يتمثل بالخصوص في وجوب مراعاة الوسط الاجتماعي للزوجين، على ما يتضح صراحة من مقتضيات المادتين 27 و60 من مدونة الأسرة.

إذن، فإن هذا التحديد يبقى مسألة تندرج ضمن السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، مع مراعاة شرطين أساسيين:

- الوسط الاجتماعي للزوجين، بحيث قد يرتفع وقد ينخفض مراعاة لذلك الوسط.

- الأساس التشريعي للصداق والمتمثل في قيمته المعنوية والرمزية وليس قيمته المادية، على ما توصي به المادة 26 السالفة الذكر وكذلك المادة 28 التي توصي بتخفيف الصداق.

ومن حيث الواقع العملي، فإن مسألة صداق المثل لا تثار في القانون المغربي مادام أن المشرع المغربي قد استلزم أن تتم تسمية المهر داخل عقد الزواج نفسه، وهي تسمية كثيرا ما يصر عليها عادة العدلان المنتصبان للاشهاد والمكلفان تشريعيا بتوثيق عقد الزواج وذكر شروط صحته[373]، وفق ما أوصى به المشرع من خلال مقتضيات المادة 67 من مدونة الأسرة.

سادسا- مسألة تأجيل الصداق وتعجيله:

يجوزتعجيل مبلغ الصداق كله للزوجة، كما يجوز تأجيله كله لها، إلى زمن قريب أو بعيد. ويجوز تعجيل بعضه كربعه أو ثلثه أو نصفه وتأجيل البعض الآخر، حسب ما تقتضيه إرادة الأطراف بهذا الصدد. وما حصل الاتفاق عليه هنا وجب احترامه لأن العقد شريعة المتعاقدين، فيدفع الزوج لزوجته ما اتفقا على تعجيله، ويؤخر لها ما اتفقا على تأجيله. والتأجيل قد يكون إلى أجل معين سلفا، وقد يكون

373 - فحسب البند السابع من المادة 67 من مدونة الأسرة يجب أن يتضمن عقد الزواج:
« 7 - مقدار الصداق في حال تسميته مع بيان المعجل منه والمؤجل، وهل قبض عيانا أو اعترافا ».
ويراقب هذا التنصيص كقاعدة عامة من جانب قاضي التوثيق طبقا لمقتضيات المادة 35 من القانون 16-03 بشأن خطة العدالة.

إلى أقرب أحد الأجلين، الطلاق أو الوفاة[374]. وفي هذا الصدد، جاء في المادة 30 من مدونة الأسرة:

«يجوز الاتفاق على تعجيل الصداق أو تأجيله إلى أجل مسمى كلا أو بعضا».

فإذا لم يكن هناك اتفاق صريح بين الأطراف حول تعجيل الصداق أو تأجيله وتحديد أجل لذلك[375]، فتجب مراعاة العرف السائد في المكان الذي يوجد به الزوجان، لأن الأعراف تختلف في هذا الأمر باختلاف المناطق والبلدان، وقد قرر الفقهاء بأن المعروف عرفا كالمشروط شرطا.

وإذا لم يكن هناك عرف ثابت، فيجب الرجوع إلى الأصل وهو دفع الصداق كله للزوجة أثناء إبرام عقد الزواج. ويبقى أن نشير إلى أن تأجيل كل الصداق فيه كراهة عند الإمام مالك، وهذا ما عبر عنه ابن عاصم الغرناطي في تحفته بقوله:

ويكره النكاح بالمؤجل إلا إذا كان مع معجل[376]

ومن الوجهة القانونية، لا مانع يمنع الزوجة من طلب ضمانات عينية أو شخصية لمؤخر صداقها كرهن رسمي أو حيازي أو كفالة مثلا. وقد جاء في حكم قضائي مصري:

« سبب وجوب الصداق على الزوج عقد النكاح وسبب وجوب أدائه على الكفيل عقد الكفالة الذي هو التزام من الكفيل وحده بأداء ما وجب على الزوج من ماله الخاص...»[377].

وأخيرا، ونحن بصدد الحديث عن مسألة تعجيل الصداق وتأجيله، لابد من الوقوف عند مقتضيات المادة 31 من مدونة الأسرة والتي تقضي بأنه:

374 - وهذا ما يستفاد ضمنيا من مقتضيات المادة 30 من مدونة الأسرة.
375 - اختلف الفقهاء حول كالئ الصداق - أي مؤجله أو مؤخره - الذي لم يحدد أجله. فقال بعضهم بصحته وقال بعضهم بأنه فاسد لصداقه.
- عيسى بن علي الحسني العلمي، كتاب النوازل، الجزء الأول، م.س، ص. 165 وما بعدها.
376 - على أن مسألة كراهة تأجيل الصداق كله أو بعضه قد ثار بشأنها خلاف كبير داخل الفقه المالكي نفسه، ولتوضيح ذلك راجع حاشية :
- ابن رحال على شرح ميارة الفاسي لتحفة ابن عاصم الغرناطي، ص160 وما بعدها.
377 - 215 س-ك أسيوط، في 23 غشت 1926، م.س، 825/7.

«يؤدى الصداق عند حلول الأجل المتفق عليه للزوجة المطالبة بأداء الحال من الصداق قبل بداية المعاشرة الزوجية.

إذا وقعت المعاشرة الزوجية قبل الأداء أصبح الصداق دينا في ذمة الزوج».

وبمفهوم المخالفة، فإنه لا يمكن للزوجة في الفرضية المضمنة بالنص أعلاه، طلب فسخ الزواج لعدم أداء الصداق أو مؤخره، بعد بدء المعاشرة الزوجية لأننا حينئذ نصبح أمام مجرد دين من الديون الممتازة على ما سوف نبينه لاحقا.

يقول الفقيه المالكي ابن جزي:

«للمرأة منع نفسها حتى تقبض صداقها وليس لها ذلك بعد طوعها بالتسليم...»[378].

ومن الملاحظ أن مدونة الأحوال الشخصية الملغاة (الفصل 21)، كانت تقرر أن تسليم المرأة نفسها للزوج هو الذي يجعل ما لم يقدم من الصداق مجرد دين في ذمة الزوج، أما مدونة الأسرة (المادة 31) فقد أصبحت تتحدث عن أن مجرد المعاشرة الزوجية يرتب وحده ذلك الأثر، دون أن تطلب أي شرط آخر.

سابعا- مدى استحقاق الزوجة للصداق:

حسب المادة 29 من مدونة الأسرة، يعتبر الصداق ملكا خالصا للزوجة تتصرف فيه كيف شاءت، ولا يحق للزوج مطلقا أن يطالبها بأثاث أو مفروش أو لباس أو أي شيء آخر كمقابل للصداق الذي أصدقها إياه، وإن كان لها أن تتنازل له عنه كله

378 - مرجع سابق، ص 150.

وفي النوازل الكبرى:

«سئل المحقق السجلماسي...

فأجاب: إذا ثبت أن المرأة مكنت زوجها من نفسها من وطئها قبل أن يدفع إليها نقد صداقها لم يبق لها بعد ذلك حق في المنع لزوجها من وطئها والاستمتاع بها، فإن كان مليا بالصداق أخذته منه، وإن كان معسرا به أنظر حتى يوسر كسائر الديون...».

ويستند المفتي أعلاه في فتواه على قول الشيخ خليل:

«ولها - يعني الزوجة - منع نفسها وإن معيبة من الدخول والوطء بعده والسفر إلى تسليم ما حل، لا بعد الوطء...».

- المهدي الوزاني، الجزء الثالث، م.س.، ص. 511.

أو عن بعضه عن طيب خاطر متى كانت أهلية أدائها كاملة[379]، بل وليس هناك من الناحية الشرعية ما يمنع من أن تتبرع الزوجة نفسها أو وليها مسبقا بمبلغ الصداق الذي سيدفعه الزوج لها فيما بعد، مصداقا لقوله تعالى:

﴿فإن طبن لكم عن شيء منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا﴾[380].

ولأن الصداق حق خالص للزوجة، فهي التي تقبضه متى كانت رشيدة، وليس للولي أو الوصي أن يأخذه نيابة عنها إلا بوكالة خاصة أبرمت بكيفية صحيحة. ومن الناحية القانونية، لا مانع يمنع الغير من أن يلتزم بدفع الصداق أو بدفع كالئه أو على الأقل أن يضمن دفع أحدهما.

والقاعدة أن الزوجة قد تستحق المهر بأكمله، وقد تستحق نصفه فقط، وقد لا تستحق أي شيء منه على الإطلاق. ونتعرض فيما يلي لكل حالة من هذه الحالات الثلاث:

1 - حالة استحقاق الصداق بأكمله:

جاء في مطلع المادة 32 من مدونة الأسرة أنه:

«تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله».

وهكذا، فإن الزوجة تستحق الصداق بأكمله في حالتين، حالة البناء بها من جانب الزوج، وحالة وفاة أحد الزوجين.

جاء في متن الشيخ خليل:

«وَتَقَرَّرَ بِوَطْءٍ وَإِنْ حَرُمَ وَمَوْتِ وَاحِدٍ».

أ- حالة البناء بالزوجة:

إذا بنى الزوج بزوجته بناء حقيقيا بعد العقد عليها عقدا شرعيا، فإن الصداق يتأكد كله لهذه الزوجة، استنادا إلى قوله عز وجل:

﴿فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة﴾[381].

379 - راجع في تحليل ذلك الآية 24 من سورة النساء وقد سبقت الإشارة إليها.

380 - الآية 4 من سورة النساء.

381 - الآية 24 من سورة النساء.

والمقصود بالاستمتاع من الناحية الشرعية التلذذ بالزوجة عن طريق الجماع ولو مرة واحدة[382].

وتستحق المرأة الصداق كاملا، لا فرق في هذه الحالة بين الصداق المسمى في العقد تسمية صحيحة، وبين الصداق الذي فرض بعد العقد بتراضي الطرفين أو فرض بحكم من القضاء. والصداق متى تأكد للزوجة لا يسقط إلا بالأداء أو بالإبراء[383] مادام أنه لا يسقط بالتقادم[384].

ومن الناحية الفقهية، فإن الزوجة تستحق الصداق الكامل بالبناء بها، كيفما كان الوصف الذي يرد على الزواج، أي سواء كان صحيحا أو باطلا أو فاسدا، حيث يكون الصداق هنا مقابل الاستمتاع[385].

وهذا الموقف الفقهي هو السائد في مدونة الأسرة. ذلك أن المشرع قد قرر في المادة 32 من مدونة الأسرة أن الزوجة تستحق الصداق بأكمله بالبناء دون إضافة أي وصف آخر يخص الزواج. وهكذا مثلا فبعدما ذكر المشرع حالات الطلاق الباطل في المادة 57 من مدونة الأسرة، جاء في الفقرة الأخيرة من المادة 58 من نفس القانون ما يلي:

«يترتب على هذا الزواج – أي الباطل – بعد البناء الصداق والاستبراء...»

*** حالة الخلوة الصحيحة بالزوجة:**

الخلوة الصحيحة التي تقوم مقام الدخول وتؤكد وجوب الصداق بأكمله على الزوج في الزواج الصحيح طبقا لما أقره **الأحناف والحنابلة**، هي أن يجتمع الزوجان بعد إبرام عقد الزواج بينهما منفردين في مكان معين آمنين من دخول الغير عليهما بدون إذن، وليس هناك **مانع حسي أو شرعي أو طبيعي** يمنع الزوج من الاتصال بزوجته أو على الأقل الاستمتاع بها[386].

382 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج. 5، ص. 129.

383 - محمود محمد الطنطاوي، مرجع سابق، ص 206.

384 - الفقرة الأخيرة من المادة 33 من مدونة الأسرة.

385 - عبد الرحمن الجزيري، م.س، ص 109.

386 - عمر عبد الله، مرجع سابق، ص301

والمقصود بالمانع الحسي وجود شخص ثالث أثناء الخلوة، والمانع الشرعي كأن يكونا في شهر رمضان، والمانع

فإن حصلت الخلوة الصحيحة بعد العقد الصحيح، وليس هناك مانع يمنع الزوج من التمتع الكامل بزوجته، فقد وجب الصداق كاملا لهذه الزوجة، سواء تمتع الزوج بها حقيقة أم لم يتمتع بها في المذهبين السابقين.

وقد أسس هذا الجانب من الفقه موقفه على ما يلي:

*** القرآن:**

يقول الله تعالى في محكم كتابه العزيز:

﴿ وإن أردتم استبدال زوج مكان زوج وءاتيتم إحداهن قنطارا فلا تاخذوا منه شيئا أتاخذونه بهتانا وإثما مبينا وكيف تاخذونه وقد أفضى بعضكم إلى بعض وأخذن منكم ميثاقا غليظا ﴾[387].

فقد نهى سبحانه وتعالى الزوج عن أخذ شيء مما سبق منحه للزوجة من الصداق عند الطلاق، وأبان عن معنى النهي لوجود الخلوة، كذا قال الفراء «إن الإفضاء هو الخلوة دخل بها أم لم يدخل»، ومأخذ اللفظ دليل على أن المراد منه الخلوة الصحيحة، لأن الإفضاء مأخوذ من الفضاء من الأرض، وهو الموضع الذي لا نبات فيه ولا بناء فيه،

الطبيعي كأن لا تكون للزوج القدرة على الجماع.

ويزيد بعض الفقه الفكرة توضيحا فيقول:

«وحد الخلوة الصحيحة عند الحنفية أن يجتمع الزوجان بعد العقد الصحيح في مكان يأمنان فيه من دخول أحد عليهما بدون إذنهما أو يطلع عليهما، وليس هنالك مانع يمنعهما من المخالطة الجنسية، فإذا لم يكن المكان آمنا لا تكون صحيحة، وإن كان آمنا ووجد المانع لا تكون صحيحة أيضا.

والموانع كما عددها الفقهاء ثلاثة أنواع: حقيقي وشرعي وطبيعي، فالحقيقي ويسميه بعض الفقهاء بالحسي كالمرض الذي يحول بينهما وبين التمتع الكامل، والعيب الخلقي بالمرأة كالقرن والرتق والصغر بأن يكون أحدهما صغيرا لا يمكن الاختلاط من مثله.

والشرعي كأن يكون أحدهما صائما في رمضان، أو محرما بحجة فريضة أو نفل أو بعمرة، أو تكون المرأة حائضا أو نفساء فكل ذلك مانع شرعا، لأن المخالطة الجنسية محرمة فيها شرعا، وفي الحيض والنفاس مانع طبعا لأنه أذى والطبع ينفر من استعمال الأذى.

والمانع الطبيعي كأن يكون معهما ثالث عاقل ولو كان صغيرا يستطيع التعبير عما وقع بينهما لأن الإنسان لن يقرب امرأته بحضرة ثالث ويستحيي فينقبض عنه، وهذا تقسيم اعتباري، ولهذا سمي بعض الفقهاء هذا المانع بالحسي لأن الشخص الثالث محسوس...».

- محمد مصطفى شلبي، م.س،ص 378 و379 .

وانظر للتوسع بالنسبةللفقه الحنفي:

- علاء الدين الكاساني بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع المجلد الثالث، م.س، ص 520 وما بعدها.

وبالنسبة للفقه الحنبلي :

- ابن قدامة، المغني، م.س، ص. 344.

387 - الآية 20 و 21 من سورة النساء.

ولا حاجز يمنع عن إدراك ما فيه، فكان المراد منه الخلوة على هذا الوجه، وهي التي لا حائل فيها ولا مانع من الاستمتاع، عملا بمقتضى اللفظ، فظاهر النص يقتضي أن لا يسقط منه شيء بالطلاق، وسقوط النصف بالطلاق قبل الدخول وقبل الخلوة قد ثبت بدليل آخر[388].

* **السنـــة:**

روي عن رسول الله ﷺ أنه قال:

«من كشف خمار امرأته ونظر إليها وجب عليه الصداق، دخل أم لم يدخل».

أخرجه البيهقي والدارقطني وأبو داود.

* **قضاء الخلفاء الراشدين:**

روي عن زرارة بن أبي أوفى أنه قال: «قضى الخلفاء الراشدون المهديون أنه إذا أرخى الستور وأغلق الباب فلها الصداق كاملا، وعليها العدة، دخل بها أم لم يدخل».

قال عمر بن الخطاب:

«إذا أغلق بابا وأرخى سترا ورأى عورة فقد وجب الصداق وعليها العدة ولها الميراث».

وقال علي بن أبي طالب:

«إذا أغلق بابا وأرخى سترا ورأى عورة فقد وجب الصداق..»[389].

ولقد أنكر كل من المالكية والشافعية أن يترتب على مجرد اختلاء الزوج بزوجته أي أثر بشأن تأكيد أحقيتها للصداق بأكمله، ما لم يكن قد دخل بها دخولا حقيقيا[390].

---

388 - وانظر من أجل التوسع:

- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج. 5، ص. 102.

389 - أشار إلى هذين القولين العلامة القرطبي في الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج. 5، ص. 102.

390 - للوقوف على جوهر هذا الخلاف والتعرف على أسبابه راجع:

- ابن رشد الحفيد، مرجع سابق، ص 17.

- الإمام أبو زهرة، مرجع سابق، ص 190.

يقول ابن عاصم الغرناطي:

على أن الإمام مالك يستثني حالة إقامة الزوجة مع زوجها في محل إقامته لمدة تصل إلى سنة على الأقل، حيث تستحق بذلك الصداق كاملا، ولو ثبتت استحالة وطئه لها لأي سبب كان[391].

ففي الجامع لأحكام القرآن نقرأ:

«... وقال مالك: إذا طال مكثه معها مثل السنة ونحوها، واتفقا على ألا مسيس وطلبت المهر كله كان لها. وقال الشافعي لا عدة عليها ولها نصف المهر...»[392].

وبالإضافة إلى ذلك - ووفقا لأحكام المذهب المالكي - « فإذا كانت هناك خلوة صحيحة بين الزوج والزوجة وادعت المسيس، فالقول قولها وإن خلا بها من غير بناء

والزوج إن طلق من بعد البنا	ولادعاء الوطء رد معلنا
فالقول قول زوجة وتستحق	بعد اليمين مهرها الذي يحق
وإن يكن منها نكول فالقسم	عليه والواجب نصف ما التزم

وورد في شرح هذه الأبيات:

«يعني أن من تزوج بامرأة وخلا بها خلوة اهتداء أي جيء بها إليه ومكن منها وخلي بينه وبينها (الجوهري) هديت المرأة إلى زوجها هداء وهي مهدية ثم طلقها وقال لم أمسها وقالت: بل مسني فالقول قولها مع يمينها ولها الصداق كاملا وعلى هذا نبه بقوله والزوج إن طلق البيتين وذلك، لأن إرخاء الستر شاهد عرفي فتحلف معه وتستحق، فإن نكلت على اليمين حلف الزوج ولم يكن لها، إلا نصف الصداق وعلى هذا نبه بقوله وإن يكن منها نكول فالقسم البيت وذلك لأن نكولها كالشاهد للزوج فيحلف معه ويسقط عنه نصف الصداق، فإذا نكل هو أيضا بعد نكولها فيجب عليه الصداق كاملا».

- ميارة الفاسي م.س.ص 240 و241.

ولمزيد من التوضيح حول المسألة انظر:

- محمد عرفة الدسوقي، م.س.ص 301.

ولاحظ أن الأستاذ صلاح الدين زكي ينتقد رأي المشرع المغربي من حيث إنه لم يعتمد رأي الأحناف بالنسبة لأحقية الزوجة للمهر بأكمله هنا والحال أنه اعتبر الخلوة الصحيحة سببا للعدة على المطلقة من خلال الفصل 79 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة وهو حكم لم تأخذ به مدونة الأسرة على ما يتضح من المادة 130..

- مرجع سابق، ص 119.

- م.س، الجزء الأول، ص 106 .

391 - عبد الباقي الزرقاني، الجزء الثاني، م.س ، ص 10.

- الآبي الأزهري الجزء الأول م.س. ص 308.

392 - القرطبي، م.س، ج. 5، ص. 102.

وجاء في نهاية المطلب:

«المنصوص عليه للشافعي في الجديد أن الخلوة لا تقرر ولا توجب العدة ولا يتعلق بها حكم. وقال في القديم: الخلوة تقرر المهر وتوجب العدة».

- الجويني، م.س، ج. 13 ص. 178.

فالقول قولها أيضا»[393]. «وكذلك أيضا إذا خلا بها الزوج خلوة اهتداء وادعت الوطء وأنكره الزوج، فإن خلوته بها شاهد عرفي يشهد لها فتحلف معه وتستحق الصداق كاملا»[394].

يقول الشيخ خليل:

«وصدقت في خلوة الاهتداء وإن بمانع شرعي».

ويضيف ابن القاسم:

«إن خلا بها في بيته فالقول قولها وإن كان في بيتها لم تصدق عليه»[395].

والظاهر أن القضاء المغربي قد استقر على هذه القاعدة الأخيرة. جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«مرافقة الزوجة في السفر والتنقل بها يعتبر شاهدا عرفيا يؤيد التلقية العدلية بها لإثبات الخلوة، والقول قولها في ادعاء المسيس بعد يمينها...»[396].

ب ـ حالة وفاة أحد الزوجين:

إذا أبرم عقد الزواج وسمي الصداق للزوجة، ثم حدث بعد ذلك أن توفي

---

393 - ابن جزي، مرجع سابق، ص 149.

وانظر من أجل التوسع:

ـ أبو بكر محمد بن عبد الله ابن العربي المعافري الإشبيلي، الأحكام الصغرى، الجزء الأول، تحقيق سعيد أحمد أعراب، منشورات المنظمة الإسلامية للتربية والعلوم والثقافة، 1990، ص 114 وما بعدها.

394 - ميارة الفاسي، م.س، راجع الهامش 281.

وهو نفس ما سبق أن قرره الفقيه المالكي ابن فرحون في كتاب التبصرة:

«...يقبل قول المرأة في الإصابة إذا خلا بها خلوة اهتداء ويحكم عليه بالصداق وإن كان منكرا للوطء لأن الخلوة بها أول مرة يشهد العرف والعادة أن الرجل لا يفارق المرأة حتى يصل إليها وهل يلزمها يمين أم لا قولان وفي خلوة الزيارة خلاف قيل القول قولها قال ابن أبي زيد وهو الأشبه وقيل قول الزائر منهما وهو المشهور وقيل القول قول الثيب وينظر النساء البكر...».

ـ م.س، الجزء الأول، ص 249 و250.

ولمزيد من الإيضاح حول موقف الإمام مالك، انظر:

ـ المدونة الكبرى، م.س، المجلد الثاني، ص. 229 وما بعدها.

395 - ابن جزي، م.س.، ص. 135.

ـ راجع كذلك قرار المجلس الأعلى الصادر في 22 شتنبر 1980، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 27، ص 151 وما بعدها.

396 - قرار صادر في 26 ماي 1977، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص 139 وما بعدها، ومنشور كذلك بمجلة القضاء والقانون، عدد 128، ص 105 وما بعدها.

أحد الزوجين، تأكد الصداق بأكمله للزوجة وأصبح غير قابل للسقوط بأي وجه من الوجوه، لأنه في الحقيقة قد وجب بالعقد، ولم يطرأ عليه من الناحية الشرعية ما يسقطه أو يسقط بعضه[397]. ويتقرر الصداق للزوجة بأكمله سواء تم البناء بها أم لم يتم[398].

ونتيجة لذلك، إذا كان الزوج هو الذي توفي، فالصداق يثبت كله للزوجة وتأخذه من تركته ـ إذا لم يسبق لها أن أخذته ـ أو تأخذ كالئه لأنه دين عليه والموت لا يسقط الديون كقاعدة عامة، وهي تأخذ حقها من التركة قبل قسمتها بين الورثة[399].

وإذا كانت الزوجة هي التي توفيت، استحق ورثتها الصداق ـ إذا لم يسبق لها أن أخذته طبعا ـ والزوج واحد منهم، فيقسم عليهم جميعا حسب الأنصبة المقدرة شرعا[400].

و«...قد ثار الخلاف بين المالكية والأحناف بصدد ما تستحقه المرأة في عقد الزواج الصحيح الذي سكت عن مسألة المهر إطلاقا ولم تتم تسميته فيما بعد، وذلك عند حدوث الوفاة قبل الدخول أو تحقق ما يقوم مقامه... على التفصيل الموضح فيما تقدم. وإذا كان الأحناف قد أثبتوا للزوجة حقها كاملا في مهر المثل في هذه الحالة، فإن المالكية قد قرروا أن الزوجة لا تستحق فيها أي مهر، وإنما تجب لها المتعة فقط.

ويبدو أن المشرع المغربي قد عول على مذهب الأحناف بشأن الحالة موضع النظر أيضا، فأثبت للمرأة فيها أحقيتها لمهر المثل بالكامل، وذلك إذ قضى بعبارة عامة المدلول بأن « يستحق المهر كله بالموت أو بالدخول»[401] وذلك دون أن ينص على استبعاد الحالة المقصودة من عموم حكم هذا النص، ودون أن ينص أيضا على قصر

---

397 - محمود محمد الطنطاوي، مرجع سابق، ص 205.

398 - وهذه الحالة بخلاف الطلاق قبل الدخول، حيث يتقرر للزوجة المطلقة نصف الصداق على ما سنوضحه لاحقا. ذلك أن النبي ﷺ قضى لبروع بنت واشق لما مات عنها زوجها ولم يسم لها صداقا بمهر مثلها.

ـ رواه أصحاب السنن وصححه الترمذي.

399 - راجع المادة 322 والمادة 392 من مدونة الأسرة.

400 - محمود محمد الطنطاوي، مرجع سابق، بنفس الموضع.

وفي مصر، قضت إحدى المحاكم المصرية بأن الزوجة التي جعلت مؤخر الصداق بعد وفاتها لبنتها يخرج مخرج الوصية لا يصح إلا بإجازة باقي الورثة.

401 - وقد حلت محل ذلك المقتضى الذي كان منصوصا عليه ضمن الفصل 20 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة المادة 32 من مدونة الأسرة، والتي جاء في مطلعها:

«تستحق الزوجة الصداق كله بالبناء أو الموت قبله».

ـ صلاح الدين زكي، م.س.، ص. 119.

حق المرأة فيها على المتعة. والواقع أنه لم تتضمن مدونة الأحوال الشخصية أي نص يتعلق بالمتعة إلا نصا يخص المطلقات وحدهن...»[402].

ومن الملاحظ أن مدونة الأسرة قد رجعت إلى المذهب المالكي عندما قررت أن الزوجة في حالة طلاقها قبل الدخول في زواج التفويض لا تستحق الصداق (البند 3 من المادة 32)، وهي تستحق المتعة عوضا عنه، على ما سبق بيانه.

2ـ حالة استحقاق الزوجة لنصف الصداق:

إذا كان عقد الزواج صحيحا، وكان الصداق قد سمي في ذلك العقد بكيفية صحيحة، وحدث أن طلق الزوج زوجته قبل البناء، فإن هذه الأخيرة تستحق نصف الصداق استنادا إلى قوله تعالى:

﴿ وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ﴾[403].

وقد قنن المشرع المغربي أحكام هذه الآية الكريمة بالفقرة الثانية من المادة 32 من مدونة الأسرة[404]. ولعل النتيجة الحتمية لإعمال مقتضى الآية الكريمة وكذلك أحكام المادة 32 المشار إليها أعلاه، أن الزوجة، ومتى سبق لها أن أخذت الصداق كله أن تستبقي النصف وترد النصف الآخر إلى الزوج، ما لم يبرئها هو نفسه من ذلك أو تصيبها الأنفة، فترد إليه الصداق بكامله[405].

402 - راجع الفقرة الأولى المادة 84 من مدونة الأسرة.

- صلاح الدين زكي، مرجع سابق، ص 120 و121.

403 - الآية 235 من سورة البقرة.

404 - تنص الفقرة الثانية من المادة 32 من مدونة الأسرة على أنه:

«تستحق الزوجة نصف الصداق المسمى إذا وقع الطلاق قبل البناء».

- راجع قرار المجلس الأعلى الصادر في 26 ماي 1977، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص 139 وما بعدها.

405 - وهذا الإجراء مستحب مصداقا لقوله تعالى:

﴿وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم إن الله بما تعملون بصير﴾ الآية 235 من سورة البقرة.

ولو حدث أن أنفقت الزوجة الصداق كله في جهاز تنوي تخصيصه لبيت الزوجية، فللزوج نصف ذلك الجهاز كذلك. يقول التسولي في البهجة:

«فإن طلق قبل البناء بعد أن اشترت الجهاز فله نصف الجهاز فإن اشترت ما لا يصلح للجهاز رجع عليها بنصف

وإن حدث، فالمسألة تدخل في إطار قوله تعالى:

﴿ إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح وأن تعفوا أقرب للتقوى ولا تنسوا الفضل بينكم ﴾[406].

ويشترط لتطبيق الحكم السابق أن يكون الصداق قد سمي بالعقد، أو على الأقل جرت تسميته لاحقا، فإذا لم يكن قد سمي فلا تستحق الزوجة المطلقة في هذه الحالة الأخيرة إلا المتعة في المذهب المالكي[407].

ويشترط الفقه المالكي والتشريع المغربي أخيرا أن يكون الطلاق قد تم باختيار من الزوج، فإن لم يكن قد تم باختيار منه، كما لو كانت الزوجة قد ردت الزوج للعيب

ما نقع، وإن أصدقها عقارا أو عروضا أو حيوانا فباعت ذلك أو وهبته... أو تلف بيدها أو دخله نقص أو زيادة كان له نصف الثمن في الجميع إذا لم تحاب فيه ونصف القيمة في الهبة يوم أحداثها...».

- م.س، الجزء الأول، ص 342 و343.

وإذا أخذت الزوجة مهرها كاملا فوهبته كله لزوجها ثم طلقها بعد ذلك، وقبل أن يدخل بها، فهل يطالبها بنصف الصداق المفروض في العقد؟

اختلف الفقهاء في ذلك على رأيين:

أولا - ذهب جمهور الفقهاء ومنهم أبو حنيفة وصاحباه أبو يوسف ومحمد والإمام مالك والشافعي في أحد قوليه وأحمد بن حنبل في رواية عنه إلى أنه لا يرجع عليها بشيء لأن الصداق عاد إليه بالهبة، فحقه متعلق بشيء محدد بذاته، وهو يستحق نصف هذا الشيء بالطلاق قبل الدخول، وقد توصل به عن طريق الهبة.

- ابن الهمام، فتح القدير على الهداية، الجزء الثالث، ص 323 وما بعدها.

ثانيا : ذهب زفر من فقهاء الأحناف، والشافعي في قوله الآخر، والإمام أحمد في قول إلى أنه يرجع عليها بنصف قيمتها، لأنها عادت إلى الزوج بعقد مستأنف، وهو عقد الهبة، والزوج بطلاقها قبل الدخول يستحق نصف الصداق الذي دفعه لها بغض النظر عن عودته إليه عن طريق الهبة، لأن اختلاف السبب يؤدي إلى اختلاف الحق.

- ابن الهمام، م.س،ص343 وما يليها :

- الرملي، نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، الجزء السادس، ص 357

- المغني، م.س، ص 164.

ويوضح ابن رشد القرطبي سبب اختلاف الفقهاء حول هذه المسألة بقوله:

«وسبب الخلاف، هل النصف الواجب للزوج بالطلاق قبل الدخول، هو في عين الصداق أو في ذمة المرأة؟ فمن قال في عين الصداق قال: لا يرجع عليها بشيء لأنه قبض الصداق كله. ومن قال هو في ذمة المرأة، قال: يرجع وإن وهبته له، كما لو وهبت له غير ذلك من مالها...»

- م.س، ص 26.

406 - الآية 235 من سورة البقرة).

407 - المتعة مستمدة من قوله تعالى:

﴿ لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ومتعوهن على الموسع قدره وعلى المقتر قدره متاعا بالمعروف حقا على المحسنين ﴾.

- الآية 234 من سورة البقرة.

أو ردها هو للعيب أو تم الحكم بفسخ الزواج، فإنها لا تستحق في هذه الحالة أي شيء[408].

3- حالات عدم استحقاق الزوجة للصداق:

لا تستحق الزوجة التي فارقها زوجها - دون أن يدخل بها - الصداق في الأحوال الآتية:

أ- إذا قتلت الزوجة زوجها عمدا وعدوانا، قبل أن يدخل بها:

فرغم أن هذه المسألة خلافية في الفقه الإسلامي، فالظاهر أن الزوجة القاتلة لا تستحق أي صداق، بل تعامل بنقيض قصدها حتى لا يكون ذلك ذريعة لقتل النساء لأزواجهن[409]. نعم إذا دخل بها قبل أن تقتله، استحقت الصداق بالكامل، مقابلا لذلك الدخول.

ب- إذا فسخ الزواج قبل البناء:

تستفاد هذه القاعدة من الفقرة الثالثة من المادة 32 من مدونة الأسرة وقد جاء فيها أنه:

«لا تستحق الزوجة الصداق قبل البناء

1- إذا وقع فسخ عقد الزواج...»[410].

ففي الفقه المالكي كل عقد فسخ قبل البناء لا صداق فيه[411]، مع التنبيه إلى أن الفسخ هو غير الطلاق.

---

408 - يقول الفقيه المالكي ابن جزي:

«...إنما يجب لها نصف الصداق إن طلقها قبل البناء اختيارا منه فإن فسخ النكاح أو رده الزوج بعيب في الزوجة لم يجب لها شيء واختلف هل يجب إذا ردته هي لعيب فيه...».

- مرجع سابق، ص 150.

ولأخذ فكرة إضافية عن الخلاف الذي يتحدث عنه ابن جزي، راجع بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد القرطبي، مرجع سابق، ص 17 وما بعدها.

409 - عبد الرحمن الجزيري، م.س، ص109.

410 - راجع المواد المتعلقة بالزواج غير الصحيح من 56 إلى 64 من مدونة الأسرة - أي الباطل والفاسد- والتي سنرجع إليها في حينها.

411 - عبد الرحمن الجزيري، م.س، بنفس الموضع.

ج- إذا رد الزوج زوجته للعيب أو ردته هي للعيب قبل أن يبني بها حقيقة، طبقا لمقتضيات البند الثاني للفقرة الثالثة من المادة 32 من مدونة الأسرة[412].

د- إذا وقع الطلاق قبل الدخول في زواج التفويض على ما يتضح من البند الثالث للفقرة الثالثة من المادة 32 من مدونة الأسرة[413]، حيث لا تستحق الزوجة هنا إلا المتعة.

ثامنا - الاختلاف حول قبض حال الصداق:

1- النزاع حول قبض حال الصداق:

تنص الفقرة الأولى من المادة 33 من مدونة الأسرة على أنه:

«إذا اختلف في قبض حال الصداق قبل البناء، فالقول قول الزوجة، أما بعده فالقول قول الزوج».

والحكم المنصوص عليه ضمن هذا المقتضى هو المعول عليه عند المالكية.

يقول ابن عاصم الغرناطي:

الـزوج والزوجة مهما اختلفا	**في قـدر مهر الـنكاح عرفا**
فإن يكن ذلك من قبل البناء	**فالقـول للزوجة قـد تعينا**

وطبيعي أن المعتبر قول الزوجة بيمينها قبل البناء، والقول قول الزوج بيمينه بعد البناء.

ويختلف رأي المالكية أعلاه عن رأي الجمهور الذي يقضي دائما بقول الزوجة بيمينها.

ومن البديهي أننا لا نعتمد القرائن أعلاه إلا في حالة انعدام الدليل القوي المؤيد لقول هذا الطرف أو ذاك.

جاء في نور البصر أنه: «من هذا الباب ما روي عن مالك إذا تنازع الزوجان في قبض الصداق بعد الدخول أن القول قول الزوج مع أن الأصل عدم القبض، قال القاضي إسماعيل: هذه كانت عادتهم بالمدينة أن الرجل لا يدخل بامرأته حتى تقبض

---

412 - راجع كذلك المادة 109 من مدونة الأسرة.

413 - راجع البند الثالث من هذه المادة.

جميع صداقها، واليوم عادتنا على خلاف هذا، فالقول قول المرأة مع يمينها لأجل اختلاف العوائد»[414].

2 ـ النزاع حول قبض الصداق المؤجل:

تنص الفقرة الثانية من المادة 33 من مدونة الأسرة على مايلي:

«إذا اختلف الزوجان في قبض الصداق المؤجل فعلى الزوج إثبات أدائه».

ويعتبر هذا النص تطبيقا للقاعدة العامة المنصوص عليها في الفصل 400 من ق.ا.ع[415] والتي تساير إلى حد بعيد أحكام الفقه المالكي، ولكن شريطة أن تثبت الزوجة المؤجل من الصداق[416].

فإذا تعلق النزاع بالكالئ، فيجب على الزوجة أن تثبت الكالئ أولا ما لم توجد بمكان جرى فيه العرف بالعمل بالكالئ[417].

تاسعا- حماية الصداق:

التقادم هو سقوط الدعوى بمرور مدة معينة حددها المشرع[418].

1 ـ الصداق لا يسقط بالتقادم:

تم النص على هذه القاعدة الجديدة ضمن مقتضيات الفقرة الأخيرة من المادة 33 من مدونة الأسرة، وقد جاء فيها أنه:

«لا يخضع الصداق لأي تقادم».

والظاهر أن هذا النص إنما وضع لحماية الأسرة من التفكك نتيجة رفع الدعوى من الزوجة للمطالبة بحقها في الصداق الذي يتهدده أجل التقادم، حيادا عن الفصل 371 من ق.ا.ع والذي ينص على أنه:

---

414 - عبد المجيد الكتاني، مبدأ تقديم ما جرى به العمل، م.س.، ص. 69.

415 - بعد ما نص المشرع المغربي في الفصل 399 من ق.ا.ع على أن إثبات الالتزام على مدعيه، أضاف في الفصل 400 من نفس القانون :

« إذا أثبت المدعي وجود الالتزام، كان على من يدعي انقضاءه أو عدم نفاذه تجاهه أن يثبت ادعاءه ».

416 - راجع شروح التحفة في الفصل المخصص لتداعي الزوجين وما يلحق به والفصل الموالي له المتعلق بالاختلاف في القبض.

417 - انظر المهدي الوزاني، الفتاوى الكبرى، م.س.، الجزء الثالث، ص. 415 و416 و417.

418 - نظم المشرع المغربي التقادم كسبب لانقضاء الالتزامات في الفصول من 371 إلى 392 من ق.ا.ع.

«التقادم خلال المدة التي يحددها القانون يسقط الدعوى الناشئة عن الالتزام»[419].

والمقتضى أعلاه ـ أي مضمون المادة 33 من مدونة الأسرة ـ لا يسري في مواجهة الزوج وحده، وإنما في مواجهة الورثة كذلك، والذين ليس لهم التمسك بالتقادم بعد وفاة الزوج لإسقاط حق الزوجة المتوفى عنها في صداقها أو في مؤخره، جاء مثلا في النوازل الكبرى:

«عن سيدي عبد الله العبدوسي أن القضاء والعلم لا يبطل بالطول ما تقرر من صداق...»[420].

وعن نفس المفتي، وهو يتحدث عن الصداق:

« وإذا ثبت الحق، فلا يبطل بتقادم الزمان...».

2 ـ الصداق دين ممتاز:

إذا لم يكن الزوج قد أدى الصداق بكامله للزوجة، فما تبقى منه يصبح دينا عالقا بذمته، يؤديه، كما أسلفنا، رضاء وإلا فجبرا عن طريق القضاء.

ويضاف إلى ذلك، وحسب التعديل الذي عرفه الفصل 1248 من قانون الالتزامات والعقود بواسطة الظهير بمثابة قانون الصادر في 10 شتمبر 1993، أن الصداق قد أصبح دينا ممتازا، يحتل المرتبة الثالثة بعد مصروفات الجنازة ثم مصروفات مرض الموت[421].

وتتضح أهمية الامتياز في حالة تنازع الصداق كدين في ذمة الزوج مع ديون أخرى في حالة وفاته أو في حالة تصفيته قضائيا.

---

419 - مع العلم أن المادة 33 من مدونة الأسرة قد عطلت الفصل 378 من ق.ا.ع، وينص على أنه:

«لا محل لأي تقادم

1 ـ بين الأزواج خلال مدة الزواج... »

420 - المهدي الوزاني، م.س. الجزء الثالث، ص. 413.

421 - ينص هذا الفصل على ما يلي:

«الديون الممتازة على كل المنقولات هي التي ستذكر فيما بعد، وهي تباشر وفقا للترتيب الآتي:

أولا ـ مصروفات الجنازة أي نفقات غسل الجثة وتكفينها ونقلها ودفنها مع مراعاة المركز المالي للمدين.

ثانيا ـ الديون الناشئة عن مرض الموت.

ثانيا مكرر ـ الديون الناشئة عن مهر الزوجة.»

المبحث السادس
الكفاءة في الزواج

أولا- تعريف الكفاءة في الزواج وسندها الشرعي في الفقه الإسلامي:

الكفاءة في اللغة هي المساواة. يقال عادة فلان كفء لفلان أي مساو له[422].

والكفاءة في اصطلاح الفقهاء هي مساواة كل من الزوجين أحدهما للآخر في أمور مخصوصة، بحيث لو اختلت كانت الزوجية، غير مستقرة لما قد يلحق الزوجة وأهلها من التعير والأذى بسبب ذلك الاختلاف[423].

وقد اختلف الفقهاء حول شرط الكفاءة في الزواج إلى مذهبين رئيسيين:

الأول :لا تشترط الكفاءة في الزواج، وهو مروي عن الظاهرية والثوري والكرخي وهما من علماء الأحناف، وسندهم في ذلك الموقف، قوله عز وجل:

﴿ إنما المومنون إخوة ﴾[424].

وقوله جلت قدرته مخاطبا كافة المسلمين:

﴿ فانكحوا ما طاب لكم من النساء ﴾[425].

وقوله عليه الصلاة والسلام:

«الناس سواسية كأسنان المشط، لا فضل لعربي على أعجمي إلا بالتقوى»[426].

الثاني : تشترط الكفاءة في الزواج - كشرط لزوم لا كشرط صحة - ، وهذا هو مذهب الجمهور[427]، وسندهم في ذلك أحاديث كثيرة نذكر منها ما يلي:

1 - جاءت فتاة إلى رسول الله ﷺ فقالت إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي

422 - ابن منظور، لسان العرب، المجلد الثاني، م.س، ص. 3448.

423 - محمود محمد الطنطاوي، مرجع سابق، ص. 174.

- عمر عبد الله، مرجع سابق، ص. 237.

424 - الآية 10 من سورة الحجرات.

425 - لآية 3 من سورة النساء.

426 - رواه الإمام أحمد بن حنبل.

427 - ورغم ذلك فالكفاءة في الزواج شرط صحة في إحدى الروايتين في المذهب الحنبلي.

- المغني، م.س، الجزء الثالث، ص. 28 و29.

خسيسته، فجعل رسول الله ﷺ أمرها إليها، فقالت: أجزت ما صنع أبي. ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء»[428].

2 - قال رسول الله ﷺ :

«لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء»[429].

3 - وروي عنه ﷺ :

«إذا أتاكم من ترضون دينه وخلقه فأنكحوه ألا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير»[430].

وبالإضافة إلى هذه الأحاديث، رد الجمهور الحديث الذي اعتمده أصحاب الرأي الأول، لأنه في حقيقته يتصل - حسبهم - بمسائل أخرى لا علاقة لها بالكفاءة في الزواج.

ثانيا - نطاق الكفاءة في الزواج في الفقه الإسلامي:

ربط الإمام مالك رضي الله عنه الكفاءة في الزواج بمسألتين اثنتين، هما الدين والتقوى. وفي هذا الصدد، جاء في بداية المجتهد ونهاية المقتصد:

«...ولم يختلف المذهب أن البكر إذا زوجها الأب من شارب الخمر وبالجملة من فاسق، أن لها أن تمنع نفسها من النكاح، وينظر الحاكم في ذلك فيفرق بينهما، وكذلك إذا زوجها ممن ماله حرام، أو ممن هو كثير الحلف بالطلاق...»[431].

428 - رواه الإمام مالك في الموطأ.

وفي سنن النسائي روت السيدة عائشة رضي الله عنها: «أن فتاة دخلت عليها فقالت: إن أبي زوجني ابن أخيه ليرفع بي خسيسته وأنا كارهة، قالت آجلسي حتى يأتي النبي صلى الله عليه وسلم، فجاء رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته، فأرسل إلى أبيها فدعاه، فجعل الأمر إليها، فقالت: يا رسول الله، قد أجزت ما صنع أبي، ولكن أردت أن أَعْلَمَ أَ لِلنِّسَاء أن ليس إلى الآباء من الأمر شيء».

- سنن النسائي، كتاب النكاح، باب: البكر يزوجها أبوها وهي كارهة.

429 - رواه أبو داود وابن ماجه.

430 - رواه الترمذي.

431 - ابن رشد، مرجع سابق، ص. 12.

يقول الآبي الأزهري في جواهر الإكليل:

«... ويصح النكاح إن أمن عليها من الفاسق وإلا رده الحاكم وإن رضيت لحق الله تعالى لوجوب حفظ النفس واستظهر ابن رحال منع تزويجها من الفاسق ابتداء وإن رضيت وثالث الأقوال لزم فسخه لفساده...».

- م.س، الجزء الأول، ص. 288.

وهناك من أضاف، إلى مسألة التدين، السلامة من العيوب كالجذام والبرص.

والإمام الشافعي يعتبر الكفاءة في أمور خمسة: الدين والنسب والحرفة والحرية والخلو من بعض الأمراض والعيوب[432].

والروايات عن الإمام أحمد بن حنبل متضاربة جدا، ففي بعضها تعتبر الكفاءة في التدين فقط، وفي بعضها في التدين والنسب، وفي بعضها الآخر في التدين والسلامة من العيوب[433].

ونعتقد أن رأي المالكية بصدد الكفاءة هو الأسلم بمقارنته مع المذاهب السنية الأخرى، لأنه وبالإضافة إلى كونه يعتد بمسائل معنوية صالحة لكل مكان وزمان، فإنه يتفق والأحاديث النبوية الشريفة السابق بيانها، بل ومع قوله تعالى:

﴿إن أكرمكم عند الله أتقاكم﴾[434].

ومع قوله جلت قدرته كذلك:

﴿أفمن كان مومنا كمن كان فاسقا، لا يستوون﴾[435].

وقد ارتأى المشرع القطري أن يقنن بنص تشريعي صريح موقف المالكية هذا، عندما نص في المادة 31 من قانون الأسرة على ما يلي:

«الكفاءة شرط في لزوم الزواج، والعبرة فيها بالصلاح في الدين والخلق عند العقد».

- علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، تحقيق وتعليق على كتاب بدائع الصنائع، المجلد الثالث، ص. 576.

432 – وانظر في تفصيل ذلك:

– الجويني، نهاية المطلب في دراية المذهب، م.س.، ج. 12، ص. 152 وما بعدها.

433 – عمر عبد الله، مرجع سابق، ص. 239 وما بعدها.

- محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص. 293 وما بعدها.

يقول الكاساني، وهو من علماء الأحناف:

«وأما بيان من تعتبر له الكفاءة: فالكفاءة تعتبر للنساء لا للرجال، على معنى أنه تعتبر الكفاءة في جانب الرجال للنساء، ولا تعتبر في جانب النساء للرجال، لأن النصوص وردت بالاعتبار في جانب الرجال خاصة. وكذا المعنى الذي شرعت له الكفاءة يوجب اختصاص اعتبارها بجانبهم، لأن المرأة هي التي تستنكف لا الرجل، لأنها هي المستفرشة، فأما الزوج فهو المستفرش، فلا تلحقه الأنفة من قبلها...».

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، المجلد الثالث، م.س. ص. 582 و583.

434 - الآية 13 من سورة الأحزاب.

435 - الآية 18 من سورة السجدة.

ثالثا – فيمن تشترط الكفاءة في الزواج:

تشترط الكفاءة عادة في جانب الرجل وحده، ومعنى ذلك أن الزوج هو الذي يجب أن يكون في مستوى الزوجة وليس العكس، لأسباب كثيرة حددها الفقهاء فيما يلي:

1 - إن المرأة هي التي تعير عادة بزواج غير الكفء لها، أما الرجل فقلما يلحقه شيء من ذلك، حتى ولو تزوج بامرأة لا تضاهيه من حيث وضعيتها الاجتماعية والاقتصادية.

2 - إن الرجل - وبحكم الشرع - له القوامة على المرأة، ومن هذه الناحية، لابد على الأقل أن يكون مساويا لها حتى تتقبل منه نفسيا تلك القوامة.

3 - إن الرجل إذا كان صاحب منزلة رفيعة بين الناس رفع زوجته إلى المستوى الذي يوجد فيه، مهما كانت درجتها، على عكس المرأة فهي - ومهما علت درجتها - فلن ترفع ما في زوجها من خسة ووضاعة، وهذه مسألة ظاهرة للعيان في المجتمع عندنا.

4 - إن الطلاق في الشرع وكقاعدة هو بيد الرجل، وليس بيد المرأة التي يجب عليها أن تتأكد جيدا من أخلاق الزوج ومن وضعيته الاجتماعية والاقتصادية قبل أن ترتبط به ارتباطا نهائيا.

رابعا – الوقت الذي تعتبر فيه الكفاءة في الزواج:

يجمع الفقه الإسلامي عموما على أن مسألة توافر الكفاءة أو عدم توافرها - ومثلها في ذلك مثل باقي شروط الزواج الأخرى - لا تؤخذ بعين الاعتبار إلا أثناء إبرام عقد الزواج، أما تغيير الوضعية المادية أو الاجتماعية للزوج بعد ذلك فلا عبرة به في هذا الصدد. «وعلى ذلك، إذا تخلف وصف من أوصاف الكفاءة القابلة للتخلف كالمال بأن كان قادرا على الإنفاق، ثم صار غير قادر بعد الزواج، أو كان متدينا، فشذ ففسق، أو كان يحترف مهنة شريفة فأفلس فاحترف مهنة حقيرة، ففي هذه الأحوال لا يفسخ النكاح لتخلف الكفاءة، بل يبقى، لأن النكاح قد تقرر، فلا يفسخ بهذه الأمور العارضة ولا عار في بقاء المرأة مع زوجها إن تغير حاله، بل هو الصبر والرضى بحكم القدر، وهما أمران محمودان»[436].

---

436 - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص. 143.

خامسا - صاحب المصلحة في الكفاءة وحكم اختلال شروطها:

يرى جمهور الفقهاء أن شرط الكفاءة هو حق للزوجة ولوليها في نفس الوقت[437]، ولكل منهما على حدة، ومن هذه الناحية، فمتى تنازل عنه أحدهما عنها بقي حق الآخر قائما يستطيع أن يتمسك به أثناء إبرام عقد الزواج كقاعدة[438].

وفي هذا الصدد، لو رغبت المرأة في كفء بعينه، وأراد أبوها تزويجها من كفء آخر غيره، قال المالكية: كفؤها أولى من كفئه[439].

وأخيرا، فالولاية لا تتوقف عند الأب وحده، وإنما هي تثبت لكل من يحمل تلك الصفة بغض النظر عن ترتيبه بين الأولياء. وعليه، فكل من يدعي انعدام الكفاءة في الزواج من هؤلاء، عليه إثبات ما يدعيه. وفي هذا الصدد، جاء في فتوى لابن رشد الجد:

«... والنكاح صحيح جائز لا سبيل إلى فسخه إلا أن يثبت الأولياء ما ادعوه من أن الزوج غير كفء، وأن تزويجها منه ضرر بها وغير نظر لها ببينة عدلة...»[440].

سادسا - الكفاءة في الزواج في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة:

لم يعتبر المشرع المغربي الكفاءة شرط صحة في الزواج حسب التعداد الذي أورده في الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، والسبب في ذلك على ما سوف نرى، هو أن الكفاءة في حقيقتها هي أقرب إلى الحق منها إلى الشرط يتمسك بها الطرف الذي تقررت عادة لمصلحته، لذلك فهي تدرس عادة كشرط لزوم في عقد الزواج.

وقد أشار المشرع المغربي إلى مسألة الكفاءة في مجموعة من النصوص

---

437 - وهي حق للزوجة وللولي حتى في المذهب الحنفي الذي لا يعتبر الولاية شرط صحة في الزواج بالنسبة للراشدة. فالأولياء يتفاخرون بعلو نسب الختن ويتعيرون بدناءة نسبه.

- الكاساني، م.س، المجلد الثالث، ص. 574.

438 - ابن رشد القرطبي، مرجع سابق، ص. 12 و13.

- الخرشي، م.س، ج. 3، ص. 189.

وفي المذهب الشافعي فإن كفء الولي أرجح لأنه أكمل نظر منها.

- زكريا الأنصاري، أسنى المطالب، شرح روض الطالب، الجزء الثالث، ص. 127.

439 - ابن رشد، فتاوى ابن رشد، السفر الأول، ص. 284.

440 - قرار 31 ماي 1994، نشره وعلق عليه الأستاذ أحمد زوكاغي، منشور بمجلة الملحق القضائي، العدد 33، ص. 137 وما بعدها.

التشريعية، ومن ذلك الفصل 13 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والذي يلزم القاضي حالة انتقال الولاية إليه، أن يزوج المرأة من رجل كفء لها.

وبالإضافة إلى هذا الفصل، تطرق المشرع المغربي إلى أحكام الكفاءة من خلال نص عام وآخر خاص. فالنص العام يتمثل في الفصل 14 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة ويقضي بما يلي:

«أ - الكفاءة المشترطة في لزوم الزواج حق خاص بالمرأة والولي.

ب - الكفاءة تراعى حين العقد ويرجع في تفسيرها إلى العرف».

فمن البديهي أن المشرع المغربي قدساير رأي الجمهور عندما جعل الكفاءة حقا ثابتا لكل من الزوجة والولي يصح لهما أن يتمسكا بها مجتمعين ومنفردين، غير أنه قد خالف رأي الفقه الإسلامي - ونعتقد أنه كان موفقا في ذلك - عندما ربط مفهوم الكفاءة بالعرف السائد في مكان إبرام العقد.

أما النص الخاص فيتمثل في الفصل 15 من مدونة الأحوال الشخصية ويقضي بدوره بما يلي:

«يعتبر التناسب العرفي في السن بين الزوجين حقا للزوجة وحدها».

وإلى جانب هذا النص الذي يعتبر التناسب في السن بين الزوج والزوجة حقا لهذه الأخيرة وحدها لا دخل للولي ولا للقاضي فيه، فقد سبق أن رأينا كذلك أن المرأة الرشيدة العاقلة تستقل وحدها بقبول مقدار المهر بمقتضى إرادتها وحدها دون أن يكون لوليها دخل في ذلك.

والملاحظ أن أحكام الكفاءة في الزواج لا تثار عمليا أمام القضاء مادام أن المشرع المغربي قد استلزم لصحة عقد الزواج حضور الولي بعد موافقة الزوجة وتفويضها له، حيث تتاح لهما عمليا فرصة الدفع بانعدامها، وعمليا، كيف يمكن لهما أن يدفعا بانعدامها وقد اتفقا على الزواج قبل الحضور أمام العدول؟

سابعا - لم يعتد المشرع المغربي بالكفاءة في الزواج في مدونة الأسرة:

لم تشر مدونة الأسرة مطلقا إلى مسألة الكفاءة، لا بصفة مباشرة ولا بكيفية غير مباشرة.

يصعب التسليم بالكفاءة كشرط لزوم بالنسبة للمرأة المطلوبة للزواج في إطار مدونة الأسرة، لاعتبارات كثيرة منها:

1 ـ الكفاءة في المفهوم الشرعي حق تتقاسمه المرأة ووليها. والولاية لم تعد شرط صحة في الزواج، وإنما هي حق خالص للمرأة بصريح المادتين 24 و25 من مدونة الأسرة.

2 ـ القاعدة أنه ليس للمرأة أن تبرم عقد زواجها إلا إذا كانت رشيدة وعاقلة (م. 19 من مدونة الأسرة). ومعناه أنها تكون على وعي تام بوضعية الطرف الآخر الذي سيعقد عليها.

3 ـ تعبر المرأة برضاها بعقد الزواج بتوقيعهما عليه (م. 67)، مع العلم أن انعدام الرضا بالزواج يرتب بطلانه (م. 57).

4 ـ تأسست مدونة الأسرة على المساواة. والاجتهاد فيما لا نص فيه في تلك المدونة يجب أن يراعي هذه المساواة (م. 400).

5 ـ صادق المشرع المغربي على العديد من الاتفاقيات الدولية التي تتبنى المساواة بين الرجل والمرأة باعتبارها حقا من حقوق الإنسان، دون اعتماد أي قيد آخر كالكفاءة مثلا.

6 ـ لم يشر المشرع المغربي في المادة 67 من مدونة الأسرة إلى مسألة الكفاءة في الزواج، خلافا لباقي عناصر الزواج الأخرى من أركان وشروط.

ورغم ذلك، فإذا كان من الصعب في الوقت الراهن الاعتداد بالكفاءة في بعدها الشرعي في إطار مدونة الأسرة، فإنه لا يمكن تجاهلها كلية من حيث الواقع المعيش، إذ غالبا ما تفشل بعض العلاقات الزوجية التي تختل فيها الوضعية الأخلاقية أو الاجتماعية أو الاقتصادية بين الزوجين، إضافة إلى أن الزواج في المفهوم الاجتماعي، هو علاقة مصاهرة بين أسرتين قبل أن يكون علاقة زواج بين شخصين، بل ولا مانع من اشتراطها من طرف الزوجة احتياطا من الكذب والتغرير.

وأخيرا، لا مانع يمنع الزوجة من رفع دعوى التطليق من زوجها في إطار النصوص الخاصة بذلك متى بنيت على أوصاف سيئة لم تتبينها الزوجة أثناء إبرام عقد الزواج ومن ذلك سوء السيرة والاتجار بالمخدرات والاعتياد على شرب الخمر والتغرير، مع العلم أنه سبق للقضاء المغربي أن قرر التطليق لانعدام الكفاءة بسبب أن الزوجة متدينة والزوج ليس كذلك.

ثامنا ـ الكفاءة في الزواج ومسألة التغرير:

كثيرا ما يحدث في الواقع المعيش أن يغرر ـ أي يدلس ـ أحد الرجال بإحدى

الفتيات لكي تقبله كزوج لها بعدة طرق احتيالية.[441] فقد يتظاهر أمامها بمظهر الغنى، والحال أنه من أفقر الناس، وقد يتظاهر أمامها بمظهر الموظف السامي، في حين أنه عاطل لا يمارس أي عمل، وقد يتظاهر أمامها بكونه ينتمي إلى عائلة جد محترمة في حين أنه ينتمي إلى عائلة أخرى لا تضاهيها من حيث وضعيتها الاجتماعية والاقتصادية، وقد يصر على أنه أعزب والحال أنه متزوج.

والحقيقة أن الكتب الفقهية تمر على هذا الموضوع مرور الكرام، فلا تتعمق فيه كثيرا، وغالبا ما تشير إليه عرضا بشأن حديثها عن الغرر أو الغرور في باب الخيارات في الزواج، بل وهناك من الفقهاء ـ مثل الفقيه المالكي ابن جزي ـ من اعتبره صراحة سببا لفسخ النكاح متى طلبته الزوجة[442]، بل وذهب ابن سلمون بعيدا في هذا

441 - تتردد في الفقه الإسلامي عند التصدي لأحكام المعاملات ألفاظ: «الغش» و«التدليس» و«التغرير» و«الخداع» و«الحيلة» ونحوها... كثيرا وعند التعمق في معانيها والغوص في مبانيها نجدها جميعا تجتمع حول معنى واحد، وهو الدلالة على أن في التصرف نوعا من التحايل، وكتمانا لحقيقته، أو إظهاره بطرق ملتوية على غير ما هو عليه، أو إغراء العاقد عليه بإيهامه أن فيه بعض محاسن وفوائد مرغوبة لديه، وهذا لا يعني أن هذه الألفاظ مترادفة، بل إن لكل واحد منها معناه الخاص، ولذلك صرح بعض الفقهاء ببيان فروق بين هذه الكلمات فقالوا: إن الغش أعم من التدليس، وقال بعضهم الآخر بالعكس، ونحن هنا نذكر المعاني الخاصة لكل واحد بإيجاز: والغش هو إظهار خلاف ما أضمره مع تزيين المفسدة له، فيقال: لبن مغشوش أي غير خالص، وقال ابن عرفة الفقيه المالكي: «الغش أن يوهم وجود مفقود مقصود وجوده في المبيع، أو يكتم وجود موجودة مقصود فقده، كأن يرقم على السلعة أكثر من ثمنها ويبيع بالثمن الأصلي ليوهم المشتري الغلط على نفسه، أو ينفخ اللحم لإيهام أنه سمين...» (حاشية الدسوقي، م.س، الجزء الثالث، ص. 169).
والتدليس : كتمان عيب المعقود عليه على العاقد الآخر، وأصله من الدلس وهو الظلمة، قال الأزهري، سمعت أعرابيا يقول: ليس لي من الأمر ولس ولا دلس أي خيانة، ولا خديعة.
والتغرير لغة : الخداع فيقال: غرّه أي خدعه، وأطمعه بالباطل ويقال: غرّته الدنيا أي خدعته بزينتها، والغرر ما لا تعلم عاقبته، وقد عرفت المجلة العثمانية التغرير في المادة (164) بقولها: «التغرير: عبارة عن إظهار الشيء بمظهر غير حقيقي مع إعطائه صفة ليست له، لكي يستثير رغبة الطرف الآخر فيقدم على إبرام العقد».
والخدعة، والحيلة والخلابة بمعنى واحد.
فهذه الألفاظ ـ كما رأينا ـ متقاربة بعضها من بعض تدور حول : كتمان الحقيقة واستعمال طرق النصب والاحتيال للوصول إلى مآرب غير مشروعة.
- راجع قواميس اللغة العربية.
- علي محيي الدين علي القره داغي، م.س، الجزء الأول، ص. 601 و602.

442 - يقول ابن جزي:
«فإذا قال العاقد زوجتك هذه المسلمة فإذا هي كتابية أو هذه الحرة فإذا هي أمة انعقد النكاح وله الخيار، فإن أمسكها لزمه الصداق المسمى وإن فارقها قبل الدخول فلا شيء لها وإن فارقها بعد الدخول فلها المسمى، إلا أن يزيد على صداق المثل فيرد ما زاد وإن تزوج العبد على أنه حر فالمرأة بالخيار».
- مرجع سابق، ص. 159.

الإطار عندما قرر أن للقاضي أن يفسخ النكاح ولو رضيت الزوجة بذلك. يقول في هذا الصدد: «والكفاءة حق للزوجة وللأولياء فإذا تركوها جاز ووقع ولأصبغ في النوادر أنه إذا زوج الأب ابنته البكر من رجل سكير وفاسق لا يؤمن عليها لم يجز وليرده الإمام وإن رضيت هي بذلك»[442].

والظاهر أن مرد هذا الموقف الفقهي عدم تفشي ظاهر التغرير قديما مثل ما هي عليه الحال في الظروف الراهنة.

وأهم ما اهتدى إليه التشريع الحديث في هذا الصدد ما تضمنه القانون المصري رقم 100 لسنة 1985 والذي يلزم الزوج بأن يبين حالته الاجتماعية والتنصيص عليها داخل عقد الزواج نفسه.

«على الزوج أن يقر في وثيقة عقد الزواج بحالته الاجتماعية، فإذا كان متزوجا فعليه أن يبين في الإقرار اسم الزوجة أو الزوجات اللاتي في عصمته ومحل إقامتهن وعلى الموثق إخطارهن بالزواج الجديد بكتاب مسجل مقرون بعلم الوصول...»[444].

وأعتقد أنه ليس هناك ما يمنع القضاء المغربي من الاعتماد على النصوص المضمنة بقانون الالتزامات والعقود والخاصة بعيوب الإرادة، وهي الغلط والتدليس والإكراه، لإنصاف المرأة التي وقعت في شباك أحد المرابين عن طريق أحد تلك

- انظر كذلك للزيادة في الإيضاح شرح عبد الباقي الزرقاني على مختصر سيدي خليل، مرجع سابق، ص. 248 وما يليها.

- والفقه الحنفي يبحث المسألة غالبا في إطار بحثه للكفاءة، يقول الأستاذ مصطفى شلبي: «ألا يكون الزوج قد غرر في أمور تتعلق بكفاءته كأن يدعي نسبا معينا تم الزواج على أساسه، ثم ظهر كذبه كان العقد غير لازم بالنسبة إلى طرف الزوجة فلها أو لوليها طلب الفسخ.

أما تغرير المرأة بالرجل فلا يمنع لزوم العقد، لأن الرجل يملك الطلاق، فله أن يطلق إذا ما ظهر له تغريرها ولا حاجة به إلى طلب الفسخ...».

- مرجع سابق، ص. 124.

443 - أبو عبد الله بن سلمون الكناني، العقد المنظم للحكام فيما يجري بين أيديهم من العقود والأحكام، بحاشية تبصرة الحكام لابن فرحون، م.س، الجزء الأول، ص. 57. ونفس الموقف نجده عند ابن عاصم الغرناطي في باب عيوب الزوجين وما يردان به منها، حيث يقول:

كذا برد ذي انتساب ألفيا ... لغية أو مسترقا قضيا

ومن ضمن ما ورد في شرح هذا البيت:

«يعني يقضى لها برد الزوج إذا تزوجته على أنه ذو نسب فوجدته لا نسب له أي ولد زنا...».

- ميارة الفاسي، م.س، الجزء الأول، ص. 208.

444 - حول أصل هذا الفصل وحول تفسير مقتضياته، انظر:

- معوض عبد التواب، مرجع سابق، ص. 688 وما يليها.

العيوب.[445] وهي نصوص تتفق في أغلبها مع تلك المضمنة في الفقه الإسلامي والخاصة بعيب التغرير.

ولقد ذهب القضاء المغربي بعيدا في هذا الصدد عندما تابع الزوج الذي ادعى أنه غير متزوج - وحصل لإيهام المخطوبة التي تصر على عدم زواجه، على وثيقة إدارية تفيد بأنه أعزب - بجريمة التزوير المعنوي المنصوص عليها في الفصلين 360 و361 من المدونة الجنائية، بل والحكم للزوجة بتعويض مدني[446]، كما قرر هذا القضاء أحقية الزوجة في طلب التطليق من زوجها لسوء سيرته[447].

بقي في النهاية أن نقف عند ملاحظة أساسية مفادها أنه لا مانع يمنع الزوجة من أن تشترط في عقد الزواج أن يكون الزوج كفءا لها[448]، وليس في ذلك أي مساس بالمقتضيات الشرعية مادام أن الشرع نفسه قد ضمن لها ذلك الحق، ويبقى أن مجرد اشتراطها له مجرد تأكيد له، كما أنه ليس فيه ما يخالف مقتضيات المادة 47 من مدونة الأسرة.

---

445 - راجع الفصل 39 وما يليه من قانون الالتزامات والعقود.

446 - قرار المجلس الأعلى الصادر في 5 دجنبر 1985، منشور بمجلة رابطة القضاء، العدد 20 و21، ص. 93 وما بعدها.

447 - جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«ما دامت المرأة المتدينة إذا عقد عليها زوجها، ثم تبيّن لها أنه فاسق، فإن من حقها المطالبة بتطليقها منه عن طريق القضاء.

إن الكفاءة في التدين أساسية في النكاح، لأنها أساس السعادة الزوجية، والتي لا تتأتى، إلا بالاستقرار النفسي والتجاوب والتوادد، وهذا لن يحصل إلا إذا كانت الاستقامة رائد الزوجين، خاصة وأن انعكاساتها تتجاوزهما إلى الأبناء وقد قال رسول الله ﷺ:

«تخيروا لنطفكم فإن العرق دساس...».

- قرار 31 ماي 1994. نشره وعلق عليه أحمد زوكاغي، مجلة الملحق القضائي، العدد 33، ص. 137 وما بعدها.

448 - محمد أبو زهرة، م.س، ص. 68 و69.

الفصل الثالث

إجراءات توثيق عقد الزواج وكيفية إثباته

تمهيـــــــد:

نظرا للأهمية الكبرى التي يحظى بها عقد الزواج شرعا وقانونا، فإن المشرع المغربي قد اهتم اهتماما بالغا بالإشهاد على إبرامه أولا، وبكيفية توثيقه ثانيا.

ولأن عقد الزواج قد لا يوثق لسبب ما، فإن المشرع قد بين كيفية إثباته أمام القضاء في غياب ذلك التوثيق.

وهكذا، سنقسم هذا الفصل إلى فرعين، نخصص الأول منهما لكل ما يتعلق بتوثيق عقد الزواج، ونخصص الثاني لكل ما يتعلق بإثباته.

الفرع الأول

الإجراءات الإدارية والشكلية الخاصة بإبرام عقد الزواج

تمهيـــــد:

نظم المشرع المغربي الإجراءات الإدارية والشكلية الخاصة بإبرام عقد الزواج وتوثيقه بالمواد من 65 إلى 69 من مدونة الأسرة، إضافة إلى تلك التي تم النص عليها بالمادتين 14 و15 بخصوص إجراءات زواج المغاربة القاطنين بالخارج، إضافة إلى تلك المنصوص عليها في ظهير 4 مارس 1960[1]. بخصوص الزواج المختلط.

وننبه هنا إلى القانون رقم 03–16 المتعلق بخطة العدالة والذي لابد من الرجوع إليه في كل ما أغفلته مدونة الأسرة.

وسنتعرض إلى تفصيل كل هذه النصوص فيما يلي:

---

1 - يتعلق هذا الظهير بانعقاد الأنكحة بين المغاربة والأجنبيات أو المغربيات والأجانب جريا على الصيغ المعينة في الحالة المدنية، وقد نص في فصله الأول على أنه:

"إن الأنكحة بين المغاربة والأجنبيات من جهة، والمغربيات والأجانب من جهة أخرى ما لم تكن ممنوعة في قانون الأحوال الشخصية الجاري على الزوج المغربي يجوز أن يقوم بمراسيم انعقادها بطلب من الزوجين ضابط الحالة المدنية وفقا لمقتضيات الظهير الشريف المشار إليه أعلاه المؤرخ في 24 شوال 1333 الموافق لـ 4 شتنبر 1915».

وحسب الفصل الثاني من نفس الظهير:

"إن انعقاد النكاح حسب صيغة الحالة المدنية يتوقف مع ذلك كله على سابق الإشهاد به طبق الشروط المنصوص عليها من حيث الجوهر والصيغة في قانون الأحوال الشخصية الجاري على الزوج المغربي.

وفي هذا الصدد يتعين على الزوج المغربي أن يقدم لضابط الحالة المدنية رسم الإشهاد بالنكاح على أن هذا الرسم يجب تسليمه بمجرد تحريره، وعند الاقتضاء إثر الخطاب عليه ينعقد فورا النكاح حسب صيغة الحالة المدنية».

وهكذا فإن إبرام عقد الزواج المختلط يخضع من حيث أركانه وشروطه الموضوعية وإجراءاته الشكلية لمدونة الأسرة ثم بعد ذلك لا مانع يمنع توثيقه من جديد من طرف ضابط الحالة المدنية، تطبيقا لظهير 4 مارس 1960، احتراما للقوانين الأوروبية التي تستلزم ذلك.

وفي نظرنا أن هذا الظهير قد ألغي ضمنيا بالمقتضيات المضمنة بمدونة الأسرة والتي تغني عن أحكامه، بل وتجبها.

المبحث الأول

ملف عقـــد الــــزواج

تمهيد:

أعاد المشرع النظر في المقتضيات المتعلقة بتوثيق عقد الزواج بكيفية جذرية، حيث استحدث ملف الزواج، ومؤسسة قاضي الأسرة، الذي يلعب دورا بارزا في المرحلة السابقة عن الإشهاد على إبرام ذلك العقد وتوثيقه من جانب العدلين المنتصبين للإشهاد.

وسوف نـرى أن هناك، في الواقع العملي، رقابة قبلية على ملف الزواج يمارسها قاضي الأسرة، قبل الإذن بالإشهاد عليه، ورقابة بعدية على توثيق ذلك العقد يمارسها قاضي التوثيق بمناسبة المخاطبة عليه.

وتهدف وظيفة القاضيين أعلاه إلى حماية العلاقة الزوجية من خلال ضبط عقد الزواج.

أولا - مضمون ملف عقد الزواج :

من المستجدات التي جاءت بها مدونة الأسرة، أن إبرام عقد الزواج يسبقه لزوما تهيئ ملف عقد الزواج الذي يتضمن العديد من الوثائق والذي يحفظ بكتابة الضبط[2]، وقد تم تحديد مضمونه بالمادة 65 من مدونة الأسرة، وقد جاء فيها ما يلي:

«أولا - يحدث ملف لعقد الزواج يحفظ بكتابة الضبط لدى قسم قضاء الأسرة لمحل إبرام العقد ويضم الوثائق الآتية، وهي:

1 - مطبوع خاص بطلب الإذن بتوثيق الزواج يحدد شكله بقرار من وزير العدل[3]

---

2 - بالرجوع إلى الفصل 41 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، نلاحظ أن أغلب الوثائق التي توضع في ملف الزواج كان يدلى بها مباشرة للعدلين المنتصبين للإشهاد.

وفي الوقت الراهن، فإن هذه الوثائق توضع في ملف الزواج.

3 - وضع شكل هذا الملف بقرار وزير العدل تحت رقم 04 – 269 الصادر في 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004).

2 - نسخة من رسم الولادة ويشير ضابط الحالة المدنية في هامش العقد بسجل الحالة المدنية إلى تاريخ منح هذه النسخة ومن أجل الزواج.

3 - شهادة إدارية لكل واحد من الخطيبين تحدد بياناتها بقرار مشترك لوزيري العدل والداخلية.

4 - شهادة طبية لكل واحد من الخطيبين[4] يحدد مضمونها وطريقة إصدارها بقرار مشترك لوزيري العدل والصحة.

5 - الإذن بالزواج في الحالات الآتية، وهي:

- الزواج دون سن الأهلية[5].

- التعدد في حالة توفر شروطه المنصوص عليها في هذه المدونة[6].

- ج.ر.ع. 5186 الصادرة في 21 من ذي الحجة 1424 (12 فبراير 2004).

4 - وجوب الإدلاء بشهادة طبية وثيقة أضيفت من طرف المشرع لأول مرة بواسطة التعديل الذي عرفته المدونة بالظهير المعتبر بمثابة قانون صادر في 10 شتنبر 1993. وقد أثارت هذه الشهادة العديد من التساؤلات من حيث إن المشرع لم يحدد المقصود بالمرض المعدي ولا الجهة التي تتكفل بتسليم هذه الشهادة ولا مضمونها.

والظاهر أن وجوب الإدلاء بشهادة طبية أثناء إبرام عقد الزواج مسألة قد ارتبطت عندنا بظهور داء فقدان المناعة، وإن كان الأمر عبارة عن قاعدة سائدة في مختلف التشريعات المقارنة، ومن ذلك التشريع التونسي (القانون عدد 46 لسنة 1964 المؤرخ في 3 نونبر 1964) والقانون الألماني (قانون 3 نونبر 1937) والقانون الفرنسي (قانون 2 نونبر 1945 المتمم للمادة 63 من القانون المدني) وهكذا.

وبغض النظر عن هذه المواقف التشريعية، فإن الشهادة الطبية، إذا ما أحسن استعمالها، قد تحقق العديد من الأهداف الاجتماعية، منها الوقوف في وجه نقل عدوى بعض الأمراض الخبيثة من زوج إلى آخر، ومنها بالتبعية حفظ النسل وتحسينه، ومنها المساهمة في خلق أسر قوية تكون أكثر حضورا وعطاء داخل المجتمع.

ولمزيد من الإيضاح حول الموضوع، انظر:

- عبد المجيد حداد، أثر المرض في تكوين عقد الزواج، تأملات حول شهادة الخلو من الأمراض المعدية المشترطة في عقد الزواج، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بالرباط سنة 1999 - 2000.

ونفضل لو أن المشرع المغربي استأنس في هذا الصدد بنظيره القطري الذي نص في المادة 18 من قانون الأسرة على ما يلي:

«يقدم كل من طرفي العقد للموثق شهادة من الجهة الطبية المختصة بمدى خلوه من الأمراض الوراثية ومن الأمراض التي يصدر بتحديدها قرار من الهيئة الوطنية للصحة بالتنسيق مع الجهات المعنية، وعلى الموثق إخطار كل منهما بمضمون الشهادة الطبية المقدمة من الآخر قبل توثيق العقد.

لا يجوز للموثق الامتناع عن توثيق العقد بسبب نتائج الفحص الطبي متى رغب الطرفان في إتمامه».

5 - المادة 20 من مدونة الأسرة.

6 - المادة 44 من مدونة الأسرة.

- زواج معتنقي الإسلام والأجانب[7].

---

7 - يخضع الإذن بزواج معتنقي الإسلام والأجانب والذي أصبح من اختصاص قاضي الأسرة - المادة 65 من القانون رقم 03.70 - للمنشور عدد 46 الصادر عن وزير العدل بتاريخ 5 دجنبر 2006. وتنسحب إجراءاته على الزواج المختلط بالإضافة إلى زواج معتنقي الإسلام والأجانب.

ويجب الإدلاء بهذا الإذن بمناسبة توثيق عقد الزواج من طرف العدلين المنتصبين للإشهاد.

وبخصوص الإجراءات الواجبة الاتباع للحصول على الإذن، حسب المنشور أعلاه، فهي كالآتي:

أولا - طلب الإذن بالزواج بالنسبة لمعتنقي الإسلام والأجانب:

يجب الإدلاء لقاضي الأسرة بالوثائق الآتية:

1 - طلب في الموضوع يتضمن هوية المعني بالأمر كاملة.

2 - نسخة من رسم الولادة.

3 - صورة مصادق عليها من بطاقة التعريف الوطنية أو ما يقوم مقامها، تضاف إليها وثائق أخرى حسب الحالات التالية:

أ - إذا كان صاحب الطلب مغربيا اعتنق الإسلام فيجب الإدلاء بوثيقة اعتناق الإسلام والتي يحررها عدلان (المادة 13 من القانون 03.16).

ب - إذا كان صاحب الطلب أجنبيا فيتعين الإدلاء بالإضافة إلى الوثائق المذكورة أعلاه بالمستندات التالية:

- شهادة الكفاءة في الزواج أو ما يقوم مقامها مصادق عليها بوزارة الخارجية.
- شهادة الإقامة إذا كان المعني بالأمر مقيما بالمغرب أو ببلد غير بلده الأصلي مع مراعاة مدة صلاحيتها.
- أربع صور فوتوغرافية شخصية حديثة.
- شهادة الجنسية مصادق عليها بوزارة الخارجية.
- شهادة اعتناق الإسلام إذا تعلق الأمر بمعتنق له.

4 - في حالة الزواج المختلط، يجب على الطرف الأجنبي الإدلاء بالإضافة إلى الوثائق المشار إليها سابقا بما يلي:

- شهادة عدم السوابق العدلية، تسلم له من السلطات الوطنية لبلده أو بلد إقامته.
- شهادة من السجل العدلي المركزي الخاص بالأجانب تسلم له من المصلحة الخاصة بذلك بوزارة العدل المغربية.
- الإذن بالزواج بالنسبة للشخص العماني أو القطري الجنسية يسلم له من وزارة الداخلية لبلد المعني بالأمر.
- نسخة من رسم الطلاق أو حكم نهائي بالتطليق مذيلا بالصيغة التنفيذية، إذا كان هذا التطليق صادرا عن محكمة أجنبية، ويتعلق بزواج أبرم وفق القانون المغربي.

ثانيا - فتح ملف وإجراء تحريات:

بعد الإدلاء بهذه الوثائق حسب كل حالة على حدة، فإن قاضي الأسرة المختص المكلف بالزواج - أو - المحكمة في حالة دعوى الزوجية - يفتح ملفا للمعنيين بالأمر ويوجه كتابا مرفقا بصور الوثائق المطلوبة إلى السيد وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية التابع لها قسم قضاء الأسرة، من أجل إجراء بحث دقيق في الموضوع - بواسطة الجهات المختصة - للتحقق من انتفاء موانع الزواج، والتأكد من كون الطرف الأجنبي ذا سلوك حسن ولا تحوم حوله شبهات بالنسبة للأمن والنظام العامين، وكذا التأكد من نشاطه المهني ومصدر رزقه.

ثالثا - منح الإذن أو رفض الطلب:

إذا كانت نتيجة البحث إيجابية، فإن السيد وكيل الملك يوجه جوابا إلى السيد قاضي الأسرة المكلف بالزواج يبين فيه أنه لا يوجد مانع من إبرام عقد الزواج بين المعنيين بالأمر طبقا لقواعد الشريعة ا لإسلامية، وبعد ذلك يصدر هذا الأخير إذنا بعقد زواج معتنقي الإسلام والأجانب طبقا لمقتضيات مدونة الأسرة، بواسطة عدلين ☜

6- شهادة الكفاءة بالنسبة للأجانب أو ما يقوم مقامها[8].

ثانيا - يؤشر قاضي الأسرة المكلف بالزواج قبل الإذن على ملف المستندات المشار إليه أعلاه، ويحفظ برقمه الترتيبي في كتابة الضبط.

ثالثا - يأذن هذا الأخير للعدلين بتوثيق عقد الزواج.

رابعا - يضمن العدلان في عقد الزواج، تصريح كل واحد من الخطيبين هل سبق له أن تزوج أم لا؟ وفي حالة وجود زواج سابق يرفق التصريح بما يثبت الوضعية القانونية إزاء العقد المزمع إبرامه".

والظاهر أن هذا المقتضى المضمن في المادة 65 أعلاه، هو مقتضى فرضته مصلحة الأسرة بالأساس، ومن ورائها المصلحة العليا للمجتمع كذلك، بحيث من خلاله يتم ضبط الوضعية الإدارية للزوجين، والتحقق من هويتهما الكاملة ومن سلامتهما الجسدية حفاظا على صحتهما وعلى صحة نسلهما، والتأكد من وضعية الزوجة بخصوص العدة، ومن وضعية الزوج بخصوص التعدد، إضافة إلى التأكد من سلامة أوضاع أخرى كتلك التي تتطلب الإذن بالزواج أو الإدلاء بشهادة الكفاءة أو إسلام من يدعي اعتناقه للإسلام، بعد ما كان خاضعا لعقيدة أخرى.

وأخيرا، فإنه يمكن الرجوع إلى ملف الزواج لكل غاية مفيدة، كما لو نسي العدلان أن يضمنا عقد الزواج أحد البيانات الجوهرية، حيث يتم تصحيحه بناء على تلك البيانات، أو على الأقل تعتبر تلك البيانات مكملة له.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب التمييز بين التأشير على ملف الزواج والإذن بالزواج:

تابعين لدائرة نفوذ المحكمة التي يعمل بها.

أما إذا أسفر البحث على نتائج سلبية تتعارض مع النظام العام المغربي وقواعد الشريعة الإسلامية، فإن السيد قاضي الأسرة المختص يصدر قرارا يصرح فيه برفض الطلب.

وبالإضافة إلى ذلك سبق أن صدر منشور تحت عدد 1216 بتاريخ 19 غشت 1929 أوقف زواج الشرفاء على إذن من النقيب والذي يمكن أن يتظلم منه لدى وزارة العدل حالة خرقه.

ولأن هذا المنشور لم يعد محترما من الناحية العملية، فقد صدر منشور آخر في 28 شتمبر 1971 تحت عدد 586/5 يذكر بأن مقتضيات منشور 1929 لازالت سارية المفعول وبالتالي واجبة الاحترام، وإن كان قد صدر منشور آخر في 11 دجنبر 1971 يقصر لفظ الشرفاء والشريفات المعنيين بالمنشورين السابقين على من ينتسبون إلى الأسرة الملكية.

8 - شهادة الأهلية Certificat de capacité.

هي شهادة مكتوبة تصدر عن القنصلية تفيد أن الشخص المعني بالأمر له الأهلية الكاملة لإبرام عقد الزواج، وقد عبر عنها المشرع في النص الفرنسي كما يلي:

– "Un certificat d'aptitude au mariage".

1 - إن أول عمل يقوم به قاضي الأسرة المكلف بالزواج بعد اطلاعه على ملف الزواج والوثائق المضمنة به هو التأشير عليها بعد التأكد من صحتها ومن سلامتها[9].

2 - إن ثاني عمل يقوم به قاضي الأسرة المكلف بالزواج – بعد التأشير – هو إصدار إذن للعدلين المنتصبين للإشهاد على عقد الزواج وتوثيقه[10].

ومن البديهي أن منح الإذن من قاضي الأسرة بتوثيق عقد الزواج لا يعني مطلقا أن عقد الزواج قد أبرم[11]، إنما نحن لا زلنا في مرحلة إدارية سابقة على ذلك.

ومن المفيد الإشارة هنا إلى أنه، وطبقا للفقرة الأخيرة من المادة 67 من مدونة الأسرة:

«يمكن بقرار لوزير العدل تغيير وتتميم لائحة المستندات التي يتكون منها ملف عقد الزواج وكذا محتوياته».

وبالفعل، فقد صدر عن وزير العدل قرار تحت رقم 270–04 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) وقد جاء في مادته الأولى:

«تتمم لائحة المستندات التي يتكون منها ملف عقد الزواج بما يلي : إذن بالزواج مسلم من المصالح المختصة بالنسبة للعسكريين وأفراد الدرك الملكي وموظفي الإدارة العامة للأمن الوطني وأفراد القوات المساعدة»[12].

وعلى كل حال، فنحن ضد الإذن المقرر بقرار وزير العدل أعلاه لأن فيه بكل بساطة تقييدا لحرية الزواج.

---

9 - يفيد التأشير وضع علامة - أو كلمة نظر Vu - في طرة الوثيقة تفيد الاطلاع عليها من طرف قاضي الأسرة؛ وفي اللغة الفرنسية:

— "Visa :

(sens gé.) Mention officielle attestant qu'une chose a été examinée (par une autorité) et acte sur lequel cette mention est opposée. V. vu".

— G. Cornu, op. cit., p. 845 et 846.

10 - محمد الشتوي، الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق الزواج، المطبعة والوراقة الوطنية بمراكش، 2005، ص. 31.

11 - محمد الشتوي، م.س، بنفس الموضع.

12 - ج.ر. عدد 5186 الصادرة في 21 من ذي الحجة 1424 (12 فبراير 2004).

مع العلم أن ما تضمنه القرار أعلاه كان منظما قبل ذلك بمناشير وزارية، لا غير. انظر في هذا الصدد:

- محمد الكشبور، الوسيط، م.س.، (الطبعة الرابعة)، ص. 208.

وفي هذا الإطار، قد تسمح تلك المصالح الخاصة للمعني بالأمر بالزواج بقاصرة وهنا يجب سلوك المسطرة المنصوص عليها في المادتين 20 و21 من مدونة الأسرة بالنسبة لزواجها، وأن يضمن الإذن المسموح لها بالزواج في ملف الزواج، حسب ما تقضي به المادة 65 من مدونة الأسرة.

ثانيا- الإذن بالزواج لا يقيد صاحبه:

إن تهيئ ملف الزواج هو مقدمة للحصول على إذن صادر من قاضي الأسرة بالإشهاد على إبرام عقد الزواج، ثم توثيقه أمام العدلين المنتصبين للإشهاد، قبل المخاطبة عليه.

غير أن هذا الإذن - بعد الحصول عليه - لا يقيد الخاطب الذي حصل عليه، وبالتالي يمكنه دائما أن يتراجع عنه، ما دام أن الخطوبة تصرف قانوني غير ملزم على ما قررته المادة السادسة من مدونة الأسرة، وهو الموقف المعتمد من الناحية الشرعية كذلك.

وإذا تقدم من حصل على الإذن بطلب التراجع عن الزواج لدى قاضي الأسرة المكلف بالزواج، فيجب أن يرفق طلبه هذا بأصل الإذن المسلم له، حيث ترجع إليه وثائقه متى طلبها بعد تحرير محضر بذلك. وإذا احتاج المعني بالأمر إلى شهادة حفظ ملفه تسلم له.

وقد لا يطلب المعني بالأمر التراجع سهوا منه مثلا عن الإذن من قاضي الأسرة المختص، وهي حالة لم يضع لها المشرع حلا خاصا بها، مع العلم أنها تترك أثرها في سجل الحالة المدنية الذي يخص المعني بالأمر، وهو وضع يجب أن يصحح وإلا اختلف الوضع القانوني للمعني بالأمر عن واقعه.

ثالثا- أحكام التدليس للحصول على بعض الوثائق[13]:

التدليس يفيد استعمال الخداع وهو عمل غير مشروع قد يجعل مرتكبه تحت طائلة الجزاء الجنائي، وفي هذا الصدد تنص المادة 66 من مدونة الأسرة على أنه:

13 - يقصد بالتدليس في مجالنا هذا استعمال وسائل احتيالية غير مشروعة غالبا للحصول على وثيقة لا حق للمدلس في الحصول عليها.
وقد نظم المشرع المغربي التدليس المدني ضمن عيوب الرضا في الفصلين 52 و53 من ق.ل.ع.

«التدليس في الحصول على الإذن أو شهادة الكفاءة المنصوص عليهما في البندين 5 و6 من المادة السابقة أو التملص منهما، تطبق على فاعله والمشاركين معه أحكام الفصل 366 من القانون الجنائي بطلب من المتضرر.

يخول المدلس عليه من الزوجين حق طلب الفسخ مع ما يترتب على ذلك من التعويضات عن الضرر».

فحسب هذا النص التشريعي، فإن التدليس بقصد الحصول على بعض الوثائق الإدارية المنصوص عليها في المادة 65 من مدونة الأسرة أعلاه يرتب مسؤوليتين قانونيتين: مسؤولية جنائية ومسؤولية مدنية، بالإضافة إلى حق المطالبة بفسخ عقد الزواج من الطرف الآخر المتضرر من التدليس.

1- المسؤولية الجنائية:

بالتمعن الجيد في مقتضيات المادة 66 من مدونة الأسرة، نلاحظ أن المشرع قد اعتبر أن القيام بعملية تدليس، أي استعمال طرق احتيالية مثل التصريح ببيانات كاذبة أو تقديم رشوة من أجل الحصول على الإذن بالزواج في الحالات الأربع المنصوص عليها في البند 5، وشهادة الكفاءة المنصوص عليها في البند 6 من المادة 65 من نفس المدونة – أو التملص منهما – هو عمل إجرامي un dol pénal يخضع للفصل 366 من القانون الجنائي والذي يضع لهذا الفعل عقوبة صارمة تصل إلى سنتين حبسا وغرامة تصل إلى ألف درهم، أو إحدى هاتين العقوبتين[14]، حسب السلطة التقديرية للقاضي الجنائي.

وحسب الفقرة الأولى من المادة 66 أعلاه، فإن المتابعة الجنائية في هذه الحالة، تتوقف على طلب يتقدم به المتضرر من الزوجين إلى النيابة العامة، ومعناه أنه ليس لهذه الأخيرة أن تحرك الدعوى العمومية ضد المدلس إلا بعد توصلها

14 - ينص الفصل 366 من القانون الجنائي على ما يلي:
"يعاقب بالحبس من ستة أشهر إلى سنتين وغرامة من مائتين إلى ألف درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط، ما لم يكن الفعل جريمة أشد، من:
1- صنع عن علم إقرارا أو شهادة تتضمن وقائع غير صحيحة؛
2- زور أو عدل، بأية وسيلة كانت، إقرارا أو شهادة صحيحة الأصل؛
3- استعمل عن علم إقرارا أو شهادة غير صحيحة أو مزورة".

بشكاية صريحة من المتضرر - أي الطرف الآخر - حفاظا على الرابطة الزوجية إن سبق أن انعقدت وبدأت تسير سيرا طبيعيا[15].

2 ـ المسؤولية المدنية:

بالإضافة إلى العقوبة الجنائية المضمنة بالفصل 366 من القانون الجنائي يمكن للمتضرر - أي المدلس عليه ـ الحصول على تعويض مدني من الطرف الآخر، في إطار أحكام المسؤولية التقصيرية[16]، تحدده المحكمة في إطار سلطتها التقديرية، بالاعتماد على الفصل 77 من ق.ا.ع بشأن الجرم.

ومن المعلوم أن هذا التعويض يمكن للمدلس عليه أن يطالب به إما أمام القضاء الجنائي في إطار الدعوى المدنية التابعة إن تمت المتابعة الجنائية[17]، وإما أمام القضاء المدني تطبيقا للقواعد العامة المضمنة في قانون الالتزامات والعقود، مع الأخذ بعين الاعتبار قاعدتي:

أ ـ الجنائي يعقل المدني:

نص المشرع على هذه القاعدة في المادة 10 من قانون المسطرة الجنائية وقد جاء فيها أنه:

---

15 - مع ملاحظة أساسية هي أن المشرع في القانون الجنائي يستعمل مصطلح الشكوى والشكاية أما مدونة الأسرة فقد استعملت مصطلح الطلب، وهو ما ينم عن عدم انسجام فيما بين هذه النصوص.

16 - نظم المشرع المغربي أحكام المسؤولية التقصيرية في الفصول من 77 إلى 106 من قانون الالتزامات والعقود.

17 - تنص المادة الثانية من قانون المسطرة الجنائية على أنه:

«يترتب عن كل جريمة الحق في إقامة دعوى عمومية لتطبيق العقوبات والحق في إقامة دعوى مدنية للمطالبة بالتعويض عن الضرر الذي تسببت فيه الجريمة».

وبالنسبة لإجراءات الدعوى المدنية التابعة، راجع المواد من 7 إلى 14 من قانون المسطرة الجنائية.

ويترتب على إقامة الدعوى المدنية في الفرضية التي نحن بصددها نتيجتان هامتان، هما:

أ ـ يجب على القضاء المدني أن يتوقف عن الفصل في الدعوى حتى تصدر دعوى نهائية في الموضوع عن القضاء الجنائي.

ب ـ إن ما قرره القضاء الجنائي من حيث ثبوت الوقائع المدعى بها وتكييفها القانوني ونسبتها إلى المتهم أو براءته منها حجة أمام القضاء المدني.

ولمزيد من الإيضاح حول الاعتبارات التي كانت وراء تقرير القاعدتين أعلاه، انظر:

ـ عبد الواحد العلمي، حجية الأحكام الجنائية أمام القضاء المدني، دكتوراه دولة، كلية الحقوق بالدار البيضاء، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1998.

«يمكن إقامة الدعوى المدنية، منفصلة عن الدعوى العمومية، لدى المحكمة المدنية المختصة.

غير أنه يجب أن توقف المحكمة المدنية البت في هذه الدعوى إلى أن يصدر حكم نهائي في الدعوى العمومية إذا كانت قد تمت إقامتها».

فنحن هنا إذن أمام إمكان – الفقرة الأولى من المادة أعلاه – ووجوب – الفقرة الثانية من نفس المادة –.

ب ـ ما قرره القاضي الجنائي حجة على القاضي المدني:

يتصل هذا المبدأ اتصالا مباشرا بالقاعدة المنصوص عليها في المادة العاشرة من قانون المسطرة الجنائية أعلاه، حيث يمكن أن نستنتج منها أن ما قرره الحكم الجنائي على مستوى إثبات الوقائع وعلى مستوى التقريرات القانونية: هو حجة أمام القاضي المدني. وعليه، فلا يمكن للقاضي الجنائي أن يثبت واقعة التدليس وينفيها القاضي المدني[18]. والغاية طبعا، الوقوف في وجه أحكام متضاربة بين القاضيين السابقين بخصوص نفس الواقعة.

3 ـ الحق في طلب الفسخ:

إذا كان للمتضرر أن يطالب بتعويض مدني في إطار القواعد العامة المضمنة بقانون الالتزامات والعقود، فإن المشرع قد أعطاه ـ بالإضافة إلى ذلك ـ مكنة طلب فسخ عقد الزواج إن سبق له أن أبرم عقد الزواج نتيجة تدليس الطرف الآخر[19]، ولم يرض بذلك الزواج.

وطلب الفسخ جاء مطلقا، بحيث للزوج المدلس عليه في عقد الزواج أن يطالب

---

18 - انظر حول القاعدتين:

ـ عبد الواحد العلمي، حجية الأحكام الجنائية أمام القضاء المدني، م.س.

ـ محمد عبد الحميد الألفي، الدعوى المدنية أمام القضاء الزجري، الدار المصرية المغربية للنشر والتوزيع، الدار البيضاء، 2006، ص. 5 وما بعدها.

ـ إدوار غالي الذهبي، حجية الحكم الجنائي أمام القضاء المدني، رسالة من جامعة القاهرة، نوقشت سنة 1960.

19 - والتدليس هنا بمفهوم الفقه الإسلامي إذ التدليس في القانون الوضعي يرتب القابلية للإبطال، لا الفسخ.

راجع مصنفات القانون المدني.

به سواء قبل الدخول أو بعده، وهو هنا يستحق الصداق بالكامل بالدخول ولا يستحق أي شيء إذا لم يكن ثمة دخول.

وهكذا، وبالإضافة إلى المادة 66 أعلاه، نصت المادة 63 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«يمكن للمكره أو المدلس عليه من الزوجين بوقائع كان التدليس بها هو الدافع إلى قبول الزواج أو اشترطها صراحة في العقد، أن يطلب فسخ الزواج قبل البناء وبعده خلال أجل لا يتعدى شهرين من يوم زوال الإكراه، ومن تاريخ العلم بالتدليس مع حقه في طلب التعويض».

بقي التنبيه إلى أن التدليس قد يرمي إلى التحايل على التعدد. ومن هذه الناحية تكون أما زوجتين: زوجة أولى وزوجة ثانية وهي المدلس عليها. وفي هذه الفرضية يثبت الحق في طلب فسخ عقد الزواج للزوجة الثانية المدلس عليها، دون الأولى. جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«... حيث إن المادة 10 من مدونة الأسرة تنص على أن الزواج ينعقد بإيجاب من أحد المتعاقدين وقبول من الآخر، وأن الوثائق اللازمة لإبرامه، إنما تتعلق بتوثيق عقد الزواج، وأن ما قام به الزوج من تدليس بإدلائه بتصريحات كاذبة، إنما يعاقب عليه جنائيا، وللزوجة الثانية التي أبرم معها عقد الزواج وحدها الحق في المطالبة ببطلانه إذا ارتأت ذلك وأثبتت أن رضاها شابه عيب من عيوب الرضى. وأما فيما يخص الزوجة الأولى، فقد مارست حقها المخول لها قانونا بإقدامها على متابعة زوجها بتقديم شكاية أمام النيابة العامة، انتهت بإدانته من أجل ما نسب إليه من أفعال ومعاقبته عما قام به من أفعال التدليس، مما يسمح لها بالمطالبة بتعويض عما لحق بها من أضرار من جراء ذلك، وبذلك تكون المحكمة لما قضت برفض الطلب قد عللت قرارها تعليلا كافيا وعلى أساس قانوني...»[20].

والفسخ غير الطلاق أو التطليق، على ما سنوضح ذلك لاحقا من خلال هذه الدراسة، بل ويمكن إدراجه في باب الخيارات المعروف لدى فقهاء الشريعة الإسلامية.

20 – قرار شرعي صادر بتاريخ 23 غشت 2011، منشور بمجلة محكمة النقض، العدد 75، ص. 111 وما يليها.

المبحث الثاني

توثيق عقد الزواج

الإشهاد على عقد الزواج وتوثيقه يدخل ضمن الاختصاص الحصري للعدول، الذين يمارسون خطة العدالة في إطار القانون رقم 16.03.

لا يمكن للعدلين المنتصبين للإشهاد، الإشهاد على عقد الزواج ثم توثيقه إلا بعد أن يأذن لهما قاضي الأسرة كتابة بذلك، على ما يستفاد من مقتضيات المادة 65 من مدونة الأسرة، وإلا كانا مرتكبين لمخالفة مهنية.

ويتم النص على ذلك الإذن وجوبا في صلب رسم الزواج نفسه (المادة 67 من نفس المدونة).

لقد سبق لنا الحديث عن شرط الإشهاد على عقد الزواج، ونكتفي هنا بالتطرق إلى توثيقه.

أولا – مضمون وثيقة الزواج:

القاعدة المقررة في القانون المدني أن العقد شريعة المتعاقدين[21]، حيث لهذين المتعاقدين أن يضمنا اتفاقاتهما ما توافقت عليه إرادتاهما شريطة مراعاة النظام العام، غير أنه، ونظرا لخطورة عقد الزواج وقدسيته، وارتباطه بأحكام الشريعة الإسلامية، وتأسيسه للأسرة التي تعد قوام المجتمع، واتصاله بالأعراض وبالأنساب، فقد ارتأى المشرع أن يحدد للعدلين المنتصبين للإشهاد والمكلفين بالتوثيق أهم مضامين ذلك العقد، وهكذا فقد نصت المادة 67 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«يتضمن عقد الزواج ما يلي:

1- الإشارة إلى إذن القاضي ورقم وتاريخ صدوره ورقم ملف مستندات الزواج والمحكمة المودع بها.

2- اسم الزوجين ونسبهما وموطن أو محل إقامة كل واحد منهما، ومكان ميلاده وسنه، ورقم بطاقته الوطنية.

3- اسم الولي عند الاقتضاء[22].

21 - الفصل 230 من ق.ل.ع.

22 - تجب الإشارة إلى الولي في حالتين:

4 ـ صدور الإيجاب والقبول من المتعاقدين وهما متمتعان بالأهلية والتمييز والاختيار.

5 ـ في حالة التوكيل على العقد، اسم الوكيل ورقم بطاقته الوطنية، وتاريخ ومكان صدور الوكالة في الزواج[23].

6 ـ الإشارة إلى الوضعية القانونية لمن سبق زواجه من الزوجين.

7ـ مقدار الصداق في حال تسميته مع بيان المعجل منه والمؤجل، وهل قبض عيانا أو اعترافا[24].

8ـ الشروط المتفق عليها من الزوجين[25].

9ـ توقيع الزوجين والولي عند الاقتضاء.

10 ـ اسم العدلين وتوقيع كل واحد منهما بعلامته[26] وتاريخ الإشهاد على العقد[27].

أ ـ الحالة التي ترغب فيها الزوجة في الولاية باعتبارها حقا من حقوقها، وفي هذه الحالة فالولي هو الأب أو أحد الأقارب على ما يستفاد من المادة 25 من مدونة الأسرة، وقد سبق لنا تحليلها.

ب ـ الحالة التي يكون فيها أحد الزوجين ناقص الأهلية على ما يستفاد من المادة 21 من مدونة الأسرة، حيث تجب الولاية في هذه الحالة بحكم القانون على ناقص الأهلية.

23 - وقد نظم المشرع أحكام الوكالة في الزواج في المادة 17 من مدونة الأسرة، وهي لا تصح إلا بالإذن بها وتوفر شروطها والتأشير عليها من جانب قاضي الأسرة.

24 - ونشير إلى أن هذا المقتضى الذي يفرض النص على مقدار الصداق في حالة تسميته مع بيان المعجل منه والمؤجل وهل قبض عيانا أم اعترافا ينسجم انسجاما كليا مع المادة 13 من مدونة الأسرة والتي لم تشترط سوى عدم الاتفاق على إسقاط الصداق، لا وجوب النص عليه.

25 - والمقصود الشروط الاتفاقية كما حددتها المادتان 47 و48 من مدونة الأسرة، ويجب على العدلين أن يكونا على دراية بطبيعة هذه الشروط من الناحية الشرعية، مع إمكانية طلب المشورة من قاضي التوثيق بقصد استجلاء المسألة إن اختلط عليهما ذلك مع العلم أن الأمر يتعلق بالتكييف الذي يندرج ضمن رقابة محكمة النقض.

26 - يقصد بتوقيع العدلين كل واحد بعلامته - وهو ما كان يطلق عليه المشرع في الفصل 42 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة توقيع العدلين بشكلهما - وضع شعار خاص بكل واحد منهما في أسفل رسم الزواج يصعب تقليده.

27 - ويجري عادة إبراز تاريخ إبرام العقد بالتقويم الهجري وما يقابله بالتقويم الميلادي.

ولتحديد تاريخ تمام الزواج أهميته الكبرى، فبهذا التحديد يتعين الوقت الذي يحل من عنده بدء الحياة المشتركة بين الزوجين في مسكن الزوجية، وللزوج أن يدخل بزوجته، ويبدأ من حينه حساب أقل مدة للحمل وهي ستة أشهر، وهذا إن كان الاتصال ممكنا بين الزوجين، حتى إذا ما وضعت الزوجة ولدا بعد ستة أشهر أو أكثر من تاريخ الزواج مع إمكانية الاتصال، ثبت نسبه من الزوج، ما لم ينف انتسابه إليه وفقا للطرق التي حددها القانون. ☜

11ـ خطاب القاضي على رسم الزواج مع طابعه[28].

يمكن بقرار لوزير العدل تغيير وتتميم لائحة المستندات التي يتكون منها ملف عقد الزواج وكذا محتوياته»[29].

وحسب الفقرة الأولى من المادة 28 من القانون رقم 03-16:

«يتلقى العدلان الشهادة أولا في مذكرة الحفظ، على أن تدرج في مذكرة أحدهما فقط إذا وقع التلقي في آن واحد، وفي مذكرة كل واحد منهما إذا وقع التلقي الفردي في آماد متفاوتة...».

وحسب المادة 30 من نفس القانون:

«تكتب الشهادة وجوبا باللغة العربية، وينص فيها على اللغة الأجنبية أو اللهجة التي تم بها التلقي...».

أما إذا تم وضع الولد قبل انقضاء الستة أشهر، فإن نسبه ينتفي عنه دون ما حاجة إلى الالتجاء إلى الطريق الذي رسمه القانون لنفي النسب، كما أن تحديد تاريخ الزواج ضروري للاستيثاق من انتهاء عدة المرأة إن كان قد سبق لها أن تزوجت من قبل، مخافة الوقوع في المحظور كاختلاط الأنساب مثلا.

28 - ويقصد بعبارة أداء القاضي مع طابعه أن يكتب هذا الأخير في أسفل الوثيقة عبارة « الحمد لله أديا فقبل» ويقصد بهذه العبارة في الاصطلاح الشرعي أن العدلين أديا شهادتهما عند القاضي وقبل عدالتهما لمعرفته لهما أو لشهرة عدالتهما.

جاء في كتاب البهجة :

«... وما به العمل اليوم بفاس وما والاها أن يكتب أسفل الرسم أو عرضه أو في ظهره الحمد لله أديا فقبلا وأعلم به في تاريخ كذا على ما هو الأحوط أو الواجب كما مر وإن كان الناس اليوم فيما شاهدناه على عدم التاريخ أو الحمد لله أديا فثبتت وأعلم به أو الحمد لله أعلم بصحته أو بثبوته أو استقلاله...».

ـ التسولي، م.س، الجزء الأول، ص. 75.

ولمزيد من الإيضاح حول الخطاب، راجع :

ـ محمد الشتوي، المعين في التوثيق وفق الضوابط المنظمة لخطة العدالة، مكتبة الحارة، مراكش، 2001، ص، 152 وما بعدها.

ويطلق خطاب القاضي عموما على ما يكتبه بخط يده أسفل المحررات العدلية للإعلام بثبوت ما عنده وبعدالة شهودها، وقد قضت محكمة الاستئناف بالرباط في قرار لها باستبعاد رسم عدلي بعد أن ثبت لديها أن عبارة الخطاب كتبت بنفس الخط الذي كتب به مضمون الرسم، مما يدل على أنها تمت بواسطة شخص آخر غير قاضي التوثيق.

ـ قرار صادر في 22 أبريل 1936، مجلة المحاكم المغربية، G.T.M، رقم 695.

وفي نفس الاتجاه:

ـ قرار المجلس الأعلى الصادر في 11 مارس 1970، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 16، ص 40 وما بعدها.

29 - انظر حول الموضوع :

ـ محمد الشتوي، م.س، ص. 65 وما بعدها.

«ويضمن العدلان في وثيقة عقد الزواج ... التي يجب أن يتعين استيفاؤها، سيما ما ورد في الفقرة الرابعة من المادة 65 وكذا نص المادة 67 من مدونة الأسرة وذلك دون بياض أو بشر أو إصلاح أو إقحام أو إلحاق أو تشطيب إلا ما اعتذر عنه بالنسبة لغير البشر، أما البشر[30] فلا يقبل الاعتذار فيه، وذلك يوما فيوما، بتتابع الشهادات حسب تواريخ وساعات تلقيها. ويكتب تاريخ تلقي الشهادة بالحروف والأرقام وفق التقويم الهجري، مع بيان ما يوافقه من التقويم الميلادي، ويوقع العدلان أسفل كل وثيقة زواج في المذكرة المدرجة بها ويوقع معهما الزوجان، وكذا الولي والوكيل عند الاقتضاء، وذلك بإمضائهم أو أبصامهم إن تعذر الإمضاء[31].

ويمكن النص في الوثيقة التي تتضمن عقد الزواج على أمور أخرى كشوار الزوجة[32] أو تمليك الطلاق أو شرط عدم التعدد... أو غيرها من الشروط متى احترمت مقتضيات المادة 47 من مدونة الأسرة، باستثناء ما منعه المشرع، ومن ذلك الاتفاق على تدبير الأموال المشتركة التي اكتسبت في فترة الزواج، والذي يجب أن يضمن في وثيقة مستقلة طبقا للمادة 49 من نفس المدونة.

وطبقا لمقتضيات المادتين 34 و35 من القانون رقم 16ـ03 بشأن خطة العدالة، **يراقب قاضي التوثيق شكل ومضمون وثيقة الزواج.**

ومن الناحية الفنية، تجب كتابة عقد الزواج بأسلوب واضح وجميل، لأنه يثبت ويضبط صفة الزوجين، وسنهما، وأركان العقد، وشروط صحته، والشروط الإرادية والإقرارات، وتاريخ بداية العقد، وهكذا[33]. ولأنه قد يمثل جانبا من تاريخ الأسرة

---

30 - البشر معناه التقشير:

يقال بَشَرَ يَبْشُرُ هو من بَشَرْتُ الأديم أَبْشَرُهُ إذا أُخذت باطنه بالشفرة.

وفي حديث عبد الله بن عمر أمرنا أن نَبْشُرَ الشوارب بَشْراً أي أن نحفها حتى تبين بَشَرَتُها، وهي ظاهر الجلد.

- ابن منظور، م.س، الجزء الأول، ص. 296.

31 - محمد الشتوي، م.س، ص. 37.

وانظر كذلك المادة 19 من مرسوم 28 أكتوبر 2008 بشأن تطبيق القانون رقم 03–16 المتعلق بخطة العدالة

32 - محمد الكشبور، الوسيط... م.س، ص. 260.

33 - صاحب العزة أحمد صفوت، التزوير المعنوي في وثيقة عقد الزواج، بحث منشور بمجلة القانون والاقتصاد

المغربي ... وبخصوص الخطاب على وثيقة الزواج، جاء في الفقرة الأولى من المادة 35 من القانون رقم 03–16 بشأن خطة العدالة:

«يخاطب القاضي المكلف بالتوثيق على الشهادات بعد إتمام الإجراءات اللازمة، والتأكد من خلوها من النقص وسلامتها من الخلل، وذلك بالإعلام بأدائها ومراقبتها».

وتضيف المادة 27 من مرسوم 28 أكتوبر 2008 بشأن تطبيق القانون 03–16.

«يحرر العدل الشهادة ويقدمها للقاضي المكلف بالتوثيق في أجل لا يتعدى ستة أيام من تاريخ تلقيها ما لم ينص على خلاف ذلك.

تحرر الشهادة بأكملها دون انقطاع في ورق جيد بكيفية واضحة مخطوطة باليد بمداد أسود غير قابل للمحو، أو مطبوعة بالحاسوب، ويوقعها العدلان اللذان قاما بتلقيها».

وحسب المادة 33 من نفس المرسوم، ينص بهامش الشهادات وبنسخها قبل الخطاب عليها على اسم السجل المضمنة به ورقمه والعدد الترتيبي والصفحة وتاريخ التضمين.

ثانيا ـ شكل وثيقة الزواج وطبيعتها:

بالإضافة إلى المقتضيات المضمنة في المادة 67 من مدونة الأسرة، هناك مقتضيات إضافية مضمنة في نصوص خاصة أخرى، لابد من أخذها بدورها بعين الاعتبار.

1 ـ الشهادة العدلية في القانون المتعلق بخطة العدالة:

نظم المشرع تحرير الشهادة ضمن المواد 33 و34 و35 من القانون 03–16 بشأن خطة العدالة.

(المصرية) يناير وفبراير 1944، السنة 14، العدد الأول والثاني، ص. 59 وما بعدها.

وانظر حول الفكرة:

- صلاح الدين زكي، م.س، ص. 141 وما بعدها.

- محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، م.س، ص.257 وما بعدها.

أ ـ تنص المادة 33 على ما يلي:

«تكتب الشهادة تحت مسؤولية العدلين في وثيقة واحدة دون انقطاع أو بياض أو بشر أو إصلاح أو إقحام أو إلحاق أو تشطيب أو استعمال حرف إضراب.

تذيل الوثيقة بتوقيع عدليها مقرونا باسميهما مع التنصيص دائما على تاريخ التحرير.

تحدد بنص تنظيمي الإجراءات الخاصة بتحرير الشهادات وحفظها».

وبالفعل، فقد ضمنت هذه الإجراءات بالباب الثالث من المرسوم التطبيقي للقانون 16.03 والصادر في 28 أكتوبر 2008.

ب ـ تنص المادة 34 على أنه:

«يؤدي العدلان الشهادة لدى القاضي المكلف، بالتوثيق بتقديم وثيقتها إليه مكتوبة وفق المقتضيات المقررة في هذا القانون وفي النصوص التنظيمية المتعلقة بتطبيقه بقصد مراقبتها والخطاب عليها».

ومن المعلوم أن النصوص التنظيمية المشار إليها في المادتين أعلاه، هي المضمنة في مرسوم 28 أكتوبر 2008 المشار إليه أعلاه.

ج ـ تنص المادة 35 على ما يلي:

«يخاطب القاضي المكلف بالتوثيق على الشهادات بعد إتمام الإجراءات اللازمة، والتأكد من خلوها من النقص، وسلامتها من الخلل، وذلك بالإعلام بأدائها ومراقبتها.

لا تكون الوثيقة تامة إلا إذا كانت مذيلة بالخطاب، وتعتبر حينه وثيقة رسمية».

2 ـ الشهادة العدلية في قانون الالتزامات والعقود:

حسب الفصل 418 من ق.ل.ع، فإن الوثائق التي يخاطب عليها القضاة في محاكمهم هي وثائق رسمية.

وهكذا، نقرر أن وثيقة الزواج التي حررها العدلان وخاطب عليها قاضي التوثيق هي وثيقة رسمية لا يمكن الطعن فيها إلا بالتزوير، وقد سبق القول إن الإشهاد على عقد الزواج وتوثيقه يظل حكرا على العدلين المنتصبين للإشهاد على ما يستفاد من المواد 65 إلى 69 من مدونة الأسرة.

ثالثا ـ زواج المغاربة بالخارج:

القاعدة أن المغاربة المسلمين - وأينما وجدوا - يخضعون بخصوص أحوالهم الشخصية لمدونة الأسرة (المادة 2). غير أنهم، وهم في بلاد المهجر، قد تعترضهم أثناء إبرام زواجهم بعض العوائق المادية أو القانونية[34] التي حاول المشرع أن يجد لها حلا بسنه للمادتين 14 و15 من مدونة الأسرة، إضافة إلى منشور وزير العدل الصادر في 12 أبريل 2004.

1 ـ الزواج في دولة توجد بها هيئة دبلوماسية مغربية:

يتم الزواج في هذه الحالة وفق المواد من 65 إلى 69 من مدونة الأسرة مع الأخذ بعين الاعتبار الإجراءات المضمنة بالمنشور رقم 13 حول تطبيق مدونة الأسرة على أفراد الجالية المغربية المقيمة بالخارج والصادر عن وزير العدل في 12 أبريل 2004 وهي إجراءات نختصرها كما يلي:

أ ـ تهيئ ملف الزواج :

يفتح للمعنيين بأمر الزواج ملف من طرف العون المكلف بمهام العدول داخل القنصلية، يتضمن كل الوثائق المنصوص عليها ضمن المادة 65 من مدونة الأسرة، بالإضافة إلى صورة لجواز السفر وشهادة خاصة تسمح بالإقامة la carte de séjour.

---

34 - انظر لأخذ فكرة عامة عن هذه العوائق:

- جميلة أوحيدة، مستجدات مدونة الأسرة وانعكاساتها على المغاربة المقيمين بالخارج، بحث مطول منشور ضمن أعمال ندوة قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى (مكناس 8 و9مارس 2007)، ص. 138 وما بعدها.

- جميلة أوحيدة، نظام الأحوال ا لشخصية للجالية المغربية المقيمة بهولندا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، كلية الحقوق بالرباط، أكدال، 1994-1995.

ب ـ الاتصال بقاضي الأسرة:

بعد إعطاء الملف رقما، وتضمينه في السجل المخصص لذلك، والتأكد من أنه أصبح جاهزا، ترسل الوثائق المطلوبة من الزوجين، عبر الفاكس أو أي وسيلة أخرى إلى قاضي الأسرة لكي يقرر بشأنه ما يراه مناسبا.

ج ـ إصدار الإذن بتوثيق عقد الزواج:

تسجل الوثائق لدى قاضي الأسرة في سجل خاص بالطلبات الواردة عليه من مختلف القنصليات، وبعد اطلاعه عليها، يصدر إذنا بتوثيق عقد الزواج، يبعثه كاتب الضبط المكلف بمهام العدول، عن طريق الفاكس أو بأي طريقة أخرى، إلى الجهة التي أرسلته.

ويحرر الإذن بتوثيق عقد الزواج في ثلاث نسخ، يحتفظ القاضي بإحداها، والأخرى توضع بالملف لدى المكلف بمهام العدول ـ كاتب الضبط ـ والثالثة يتسلمها العدل لإنجاز عقد الزواج ويحتفظ بها في ملفاته، أو تسلم للطالب الذي يدلي بها للعدلين اللذين سيوثقان عقد الزواج، أو لمن يقوم مقامهما.

د ـ تحرير العقد وتوقيعه :

بعد تحرير العقد من جانب العدلين، وتوقيعه من قبل الأطراف وتضمينه في السجل المعد لذلك، والخطاب عليه من القاضي، يسلم الأصل للزوجة ونظيرا للزوج (م. 69).

هـ ـ تسجيل ملخص العقد من جانب ضابط الحالة المدنية:

يحرر العدل ـ كاتب الضبط ـ ملخص العقد، ويوجهه إلى ضابط الحالة المدنية بمحل ولادة الزوجين، أو إلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط، إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، مع العلم أنه يمكن توجيه الملخص تحت إشراف وزارة العدل ـ مديرية الشؤون المدنية ـ أو وزارة الشؤون الخارجية والتعاون- مديرية الشؤون القنصلية الاجتماعية ـ.

2 ـ الزواج في دولة تفتقر لهيئة دبلوماسية مغربية :

قد يتواجد المخطوبان اللذان يحملان الجنسية المغربية خارج الوطن، وفي منطقة لا وجود بها للمؤسسات التي تتولى توثيق عقد الزواج والخطاب عليه. وتيسيرا على هؤلاء، نص المشرع المغربي في المادة 14 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«يمكن للمغاربة المقيمين في الخارج، أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية والولي عند الاقتضاء، وانتفت الموانع ولم ينص على إسقاط الصداق، وحضره شاهدان مسلمان مع مراعاة أحكام المادة 21»[35].

على أن تطبيق المادة 14 أعلاه يفرض لزوما القيام بإجراءات إدارية موالية أخرى، منها ما يتم بالخارج، ومنها ما يتم بالداخل. وهكذا جاء في المادة 15 من مدونة الأسرة أنه:

«يجب على المغاربة الذين أبرموا عقد الزواج طبقا للقانون المحلي لبلد إقامتهم، أن يودعوا نسخة منه داخل أجل ثلاثة أشهر من تاريخ إبرامه بالمصالح القنصلية المغربية التابع لها محل إبرام العقد.

إذا لم توجد هذه المصالح، ترسل النسخة داخل نفس الأجل إلى الوزارة المكلفة بالشؤون الخارجية.

تتولى هذه الأخيرة إرسال النسخة المذكورة إلى ضابط الحالة المدنية وإلى قسم قضاء الأسرة لمحل ولادة كل من الزوجين.

إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، فإن النسخة توجه إلى قسم قضاء الأسرة بالرباط وإلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط».

لقد عانى المغاربة القاطنون بالخارج كثيرا بشأن إبرام عقود زواجهم هناك، إما لعدم وجود جهة مؤهلة لتوثيق تلك العقود، وإما لأن الدولة المستقبلة ترفض الاعتراف بالتوثيق المغربي، وإما لأن القضاء المغربي يرفض الاعتراف بالزواج المبرم أمام ضابط الحالة المدنية الأوروبي[36].

---

35 - تجب الإشارة هنا إلى أنه سبق للمجلس الأعلى أن قرر أن حالة الاستثناء التي تسمح بإثبات عقد الزواج عن طريق البينة الشرعية هي متوفرة في الحالة التي يتضمنها النص أعلاه. انظر :
- قرار المجلس الأعلى الصادر في 19 يونيو 1990، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 142، ص. 118.

36 - محمد الشتوي، م.س.، ص. 106 وما بعدها.

وكان لابد من البحث عن حل للمشكل. وفي هذا الإطار:

1 - نص الفصل 30 من مرسوم 29 يناير 1970 بشأن اختصاصات الأعوان الدبلوماسيين والقنصليين المغاربة بالخارج على ما يلي:

«يجوز أن تسند صفة عدل للأعوان الدبلوماسيين والموظفين القنصليين بمقتضى قرار مشترك لوزير العدل ووزير الشؤون الخارجية، ويختص هؤلاء الأعوان بناء على طلب رعايا مغاربة مقيمين في دائرة اختصاصهم بإبرام مختلف التصرفات التي تعتبر صحيحة في المغرب إذا تلقاها العدول.

كما يختصون على الأخص وطبقا للقوانين والنصوص التنظيمية المغربية المقدمة بتلقي عقود الزواج والطلاق في كل الأحوال التي تعتبر فيها التصرفات المذكورة صحيحة إذا أنجزت في المغرب على الشكل العدلي»[37].

طُرح أمام تطبيق هذا المقتضى عائقان:

أ- العائق الأول يتعلق بعدم توفر قنصليات مغربية في كل البلدان التي يوجد بها مغاربة بالخارج.

ب- العائق الثاني يتعلق بوجود دول تعترض على التوثيق العدلي المغربي ولو أبرم من طرف قناصلة[38].

2 - لتجنب العائقين أعلاه، تم التفكير في زواج يحفظ له الطابع الشرعي من حيث موضوعه، وفي نفس الوقت يتم الاعتراف به - من الناحية الشكلية - في بلد الإقامة، دون عوائق.

وتلاحظ جميلة أوحيدة على المادتين 14 و15 ما يلي:

«سمحت مدونة الأسرة، بمقتضى المادتين 14 و15، للمغاربة المقيمين بالخارج بإمكانية الزواج المدني في بلد إقامتهم، وهذا يعني أن القانون المغربي أصبح يأخذ بقاعدة خضوع شكل التصرف لقانون محل إبرام العقد بعد أن كان لا يأخذ بها ولا يعترف بالزواج المدني. فالعمل الإداري والقضائي المغربي رفض دائما الاعتراف بالزواج المدني الذي يبرمه المغاربة بالخارج والذي لم يعقد في الشكل العدلي لا في المغرب ولا في القنصلية المغربية بالدول الأجنبية».

- مستجدات... م.س، بنفس الموضع.

37 - انظر للتوسع حول التوثيق الدبلوماسي أو القنصلي ظهير 20 أكتوبر 1969 ومرسوم 29 يناير 1970 المشار إليه أعلاه؛

- محمد هومير، مهن التوثيق بين التعددية والوحدة في القانون المغربي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بمراكش، 2006-2007، ص. 19 وما بعدها.

38 - محمد الشتوي، م.س، ص. 107.

- جميلة أوحيدة م.س.

وفي النهاية، لابد من التأكيد على أن المادتين 14 و15 من مدونة الأسرة يمثلان تخفيفا لفكرة النظام العام، حماية وحفظا للزواج المبرم بين مغاربة يقطنون بالخارج.

رابعا - توثيق الزواج العبري:

تنص الفقرة الأخيرة من المادة 2 من مدونة الأسرة على أنه:

«أما اليهود المغاربة، فتسري عليهم قواعد الأحوال الشخصية العبرية المغربية».

يتم توثيق الزواج العبري بواسطة الصوفريم، وهم موثقون يهود يعملون في إطار ظهير 22 ماي 1918 بشأن إعادة تنظيم المحاكم الإسرائيلية[39].

تشترط الشريعة اليهودية أن يكون عقد الزواج مكتوبا ومستوفيا لكافة شروط صحته القانونية، على أن لا يجري إبرام العقد إلا بعد التحري حول ديانة الخطيبين وحالتهم الصحية.

وبناء على هذا البحث وشهادة شاهدين يهوديين مشهورين بالاستقامة والتقوى، تحرر لكل من الزوجين شهادة بما تم التوصل إليه، ثم يحرر لهما عقد زواج في سجل خاص مرقم ومؤشر عليه من طرف القاضي العبري بالمحكمة الابتدائية.

تحرر وثيقة الزواج باللغة العبرية، وتؤرخ بالتقويم العبري والهجري والميلادي، يوقعها العدلان - الصوفريم - ثم القاضي بعد مراجعتها[40].

وبخلاف توثيق الزواج، فإن توثيق الطلاق يتم بواسطة الصوفير، وهم موثقون يهود كذلك.

خامسا - تسجيل عقد الزواج:

يقصد بالتسجيل هنا ذلك الذي يتم في السجل المعد لذلك لدى قسم قضاء

---

39 - محمد هومير، م.س، ص. 17 وما بعدها.

40 - محمد الشتوي، م.س، ص. 111.

وانظر من أجل التوسع:

- عمر النافعي، نظام الحالة المدنية بالمغرب، إشكال التعميم والضبط، نشر المعرفة، الرباط، 1997، ص. 87.

الأسرة طبقا للمادة 68 من مدونة الأسرة، كما يقصد به تضمين بيانات الزواج بطرة رسم الولادة طبقا للمادة 22 من القانون رقم 37.99 المتعلق بالحالة المدنية.

1 ـ تسجيل نص عقد الزواج طبقا للمادة 68 من مدونة الأسرة:

تنص المادة 68 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«يسجل نص العقد في السجل المعد لذلك لدى قسم قضاء الأسرة، ويوجه ملخصه إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين، مرفقا بشهادة التسليم داخل أجل خمسة عشر يوما من تاريخ الخطاب عليه.

غير أنه إذا لم يكن للزوجين أو لأحدهما محل ولادة بالمغرب، يوجه الملخص إلى وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بالرباط.

على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين

يحدد شكل السجل المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه ومضمونه وكذا المعلومات المذكورة بقرار لوزير العدل».

وقد صدر قرار لوزير العدل تحت رقم 04ــ271 بتاريخ 12 من ذي الحجة 1424 (3 فبراير 2004) بتحديد المعلومات الواجب تضمينها في ملخص عقد الزواج، ويتضمن هذا الملخص بالخصوص معلومات تهم رقم ملف عقد الزواج، والهوية الكاملة لكل من الزوج والزوجة، وعنوانهما، وتاريخ إبرام العقد، ومراجع تضمين عقد الزواج، حتى يمكن الرجوع إليها عند الحاجة.

2 ـ تضمين بيانات الزواج بطرة رسم ولادة كل من الزوجين، وذلك فور توصل ضابط الحالة المدنية بنسخة عقد الزواج طبقا لمقتضيات الفصل 43 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والذي حلت محله المادة 68 من مدونة الأسرة المشار إليها أعلاه

والظاهر أن هذه المقتضيات جميعها قد اقتضتها مصلحة الأسرة، ومن ورائها المصلحة العليا للمجتمع، من حيث الحفاظ على كل ما يرتبط بتوثيق العقد المنشئ لها، إضافة إلى ضبط وضعية الزوجين عند الحاجة، بل وهي وضعية يكشف عنها رسم الولادة بكل سهولة ويسر، مع العلم أن ذلك الرسم هو عبارة عن وثيقة رسمية لا يمكن الطعن فيها مبدئيا إلا بالزور[41].

41 - راجع الفقرة التي خصصناها سابقا لشكل وثيقة الزواج وطبيعتها.

ويبقى أن تفعيل المسطرة أعلاه، رهين بتفعيل المادة 3 من القانون رقم 37.99[42] وقد نصت على أنه :

« يخضع لنظام الحالة المدنية بصفة إلزامية جميع المغاربة...».

سادسا ـ تسليم رسم الزواج للزوجة ونظير منه للزوج فور الخطاب عليه:

جاء في المادة 69 من مدونة الأسرة ما يلي:

« يسلم أصل رسم الزواج للزوجة، ونظير منه للزوج فور الخطاب عليه ».

ومن البديهي جدا أن تسليم الزوجة الرسم الأصلي المتضمن لعقد الزواج لأنها في الغالب الأعم هي التي تضطر إلى الاستدلال به أمام القضاء، والمسألة تتعلق بالصفة في التقاضي حسب مقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة على ما سنوضحه في الفرع الموالي.

42 - المتعلق بالحالة المدنية، وقد سبقت الإشارة إلى مراجعه.

الفرع الثاني

إثبات عقد الزواج

تمهيــــد:

يندرج هذا الفرع غالبا في إطار النزاع حول الزوجية بين رجل وامرأة، بحيث يدعيها أحدهما وينكرها الآخر[43].

وفي هذا الصدد،تشغل النزاعات المتعلقة بإثبات وجود العلاقة الزوجية أو عدمها حيزا هاما من الملفات التي تعرض عادة على القضاء المغربي المتمثل حاليا في قسم قضاء الأسرة، وهي نزاعات خطيرة جدا، نظرا لآثارها على وضعية الأسرة وعلى عرض الزوجة وعلى نسب الأطفال والحقوق الناتجة عن الإرث، إلى غير ذلك من الأمور الهامة الأخرى.

ولعل هذه الإشارة العابرة وحدها كفيلة بإبراز ما لكتابة عقد الزواج من كبير أهمية في هذا المضمار، لكن ما هي طبيعة هذه الكتابة التي قررها المشرع بالشكل السابق بيانه؟

يتضح سواء من نصوص مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، أو من نصوص مدونة الأسرة التي حلت محلها، أن عقد الزواج وبعد الإشهاد عليه، يجب أن يصب في وثيقة مكتوبة، والكتابة يشترط لكي تكون رسمية أن يخاطب عليها قاضي التوثيق بالشكل الذي وضحناه في المبحث السابق.

والكتابة المشترطة في هذا الصدد، هل هي شرط صحة في عقد الزواج لا تقوم لهذا الأخير قائمة إلا بتوفرها، أم هي وسيلة للإثبات فقط؟

لم نجد أن هناك فقيها مسلما واحدا في جميع المذاهب الفقهية قال إن الكتابة تدخل ضمن شروط صحة الزواج[44]، وإنما الكتابة هنا من الأمور التي استدعتها

---

43 - ويندرج في هذا الإطار بحث الفقهاء لمسألة تنازع رجلين حول امرأة بحيث يدعي كل منهما أنها زوجته ولن نعرض للمسألة لندرة وقوعها في الحياة العملية في الوقت الراهن. وإن وقعت، ففي كتب الفقه توجد الحلول.

44 - بل إن الفقه الإسلامي في عموميته لا يعرف شكلية كتابة العقود كركن من أركانها، وإن كان يعرف الكتابة كوسيلة للإثبات.

مصالح الناس حديثا، وهي تهدف بالخصوص إلى تسهيل حل النزاعات الزوجية التي تعرض على القضاء، بالإضافة إلى ضبط صفة الزوج والزوجة ونسب الأولاد إن وجدوا وحفظ الحقوق التي قد تكون محل نزاع، ومن ذلك ما يخص الشروط والشوار ومؤخر الصداق.

وسنبحث في مسألة إثبات عقد الزواج في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، ثم بعد ذلك في مدونة الأسرة لسببين:

أولا - إبراز التغييرات التي عرفها التشريع المغربي بعد الانتقال من مدونة الأحوال الشخصية إلى مدونة الأسرة، في موضوع بالغ الأهمية والتعقيد.

ثانيا - الوقوف على الأحكام والمبادئ التي قررها القضاء في إطار مدونة الأحوال الشخصية الملغاة بخصوص تفسير حالة الاستثناء والتي لازالت في نظرنا صالحة للتطبيق في إطار مدونة الأسرة، حيث يمكن لقضاء الأسرة الاستئناس بها في هذا الصدد.

وهكذا، سنقسم هذا الفرع إلى المبحثين الآتيين:

- **المبحث الأول** : إثبات عقد الزواج في إطار مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.
- **المبحث الثاني** : إثبات عقد الزواج في إطار مدونة الأسرة.

وطبيعي جدا أننا سوف نركز على المستجدات التشريعية التي جاءت بها مدونة الأسرة وكيف بدأ القضاء المغربي يتعامل معها.

المبحث الأول

إثبات عقد الزواج في إطار مدونة الأحوال الشخصية الملغاة

تمهيــــد:

يستفاد من الفصلين 41 و42 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، أن عقد الزواج يتولى الإشهاد على إبرامه وتوثيقه عدلان منتصبان للإشهاد دون غيرهما ولا

تصير الوثيقة المتضمنة لعقد الزواج رسمية إلا بعد الخطاب عليها من طرف قاضي التوثيق.

ولأن عقد الزواج قد يبرم في غياب المقتضيات أعلاه، فقد سمح المشرع استثناء بإثباته بالبينة الشرعية، حيث جاء في الفقرة الأخيرة من الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية:

«4 - يجوز للقاضي - بصفة استثنائية - سماع دعوى الزوجية واعتماد البينة الشرعية في إثباتها».

فنحن إذن أمام زواج صحيح، استجمع كافة أركانه وشروط صحته، كل ما هنالك أن إبرامه تم في غياب العدلين المنتصبين للإشهاد، ولا يتعلق الأمر أبدا بسفاح نريد أن نضفي عليه طابع الزوجية. فالمشرع إنما يقصد إثبات الزوجية بالبيّنة الشرعية لا إثبات شيء آخر غيرها، مع العلم أن هذه الملاحظة تصح كذلك حتى بالنسبة للمادة 16 من مدونة الأسرة.

أولا- مفهوم البينة الشرعية:

جاء في الحديث النبوي الشريف أن البينة على المدعي واليمين على من أنكر[45].

ويقصد بالبينة، كقاعدة عامة، ما يبين الحق، أي كل وسيلة صالحة لإثبات الحقوق المتنازع بشأنها.

ووسيلة الإثبات هي مبدئيا كل حجة يدلي بها الخصم، ويطمئن القاضي إلى صدق مضمونها، ويقتنع ضميره ووجدانه بمطابقتها للحقيقة والواقع، ومن ثمة فهي

45 - ونفس القاعدة تطبق بالنسبة للمادة 16 من مدونة الأسرة. انظر:
- قرار المجلس الأعلى، عدد 410، 18 يوليوز 2007، ملف شرعي، عدد 2006/2/664.
عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما أن رسول الله ﷺ قال:
«لـو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم لكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر».
- حديث شريف أخرجه البيهقي وغيره هكذا، وبعضه في الصحيحين.
وحول تأصيل القاعدة في القانون الوضعي، يراجع:
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، الجزء الثاني، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1968، ص. 65 وما بعدها.
وفي قانون الالتزامات والعقود، نص الفصل 399 منه على ما يلي:
«إثبات الالتزام على مدعيه».

تشمل شهادة الشهود والإقرار والتقارير والأوراق المكتوبة والقرائن القوية التي يستخلصها القاضي من ظروف النزاع - وخاصة في غياب الوسائل الأخرى-. ومنها مثلا ظهور الرجل والمرأة لمدة طويلة أمام الناس بمظهر الزوجين[46]، بل وقد أكد الفقه والقضاء أن الزواج يمكن إثباته ببينة السماع فقط، متى ذاع أمرها وانتشرت بين الناس انتشارا فاشيا، يقول صاحب التحفة في هذا الصدد:

وأعملـت شهادة السماع في الحمل والنكاح والرضاع[47]

وبالنسبة لخليل بن إسحاق:

«إذا تنازعا في الزوجية ثبتت ببينة، ولو بالسماع، وبالدف والدخان»[48].

46 - التسولي، مرجع سابق، ص 239.
- قرار المجلس الأعلى الصادر في 13 يونيو 1983، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 35 و36، ص 135 وما بعدها.
47 - يقول الشيخ ميارة الفاسي وهو بصدد شرح هذا البيت:
«... وصفة شهادة السماع في النكاح أن تكون المرأة تحت حجاب الزوج فيحتاج إلى إثبات الزوجية ببينة أو يموت أحدهما فيطلب الحي منهما الميراث فيثبت الزوجية بالسماع المستفيض فيحكم له بالميراث فلو لم تكن المرأة في عصمة أحد بزوجية فأثبت رجل أنها زوجته تزوجها بالسماع لم يستوجب البناء عليها لأن شهادة السماع إنما تنفع مع الحيازة للمرأة وهذا لم يحزها إليه...
وعن ابي عمران أنه يشترط في شهادة السماع على النكاح أن يكون الزوجان متفقين عليه، أما إذا أنكر أحدهما فلا...».
على أن هناك من الفقهاء من يرى إمكانية إثبات الزوجية عن طريق شهادة السماع حتى في حالة عدم حصول اتفاق حولها أي في حالة إنكار الزوجية من طرف الرجل أو المرأة.
- انظر في هذا الصدد، التسولي، البهجة شرح التحفة، مرجع سابق، ص 133 وما بعدها.
- وبالنسبة لموقف القضاء، انظر قرار المجلس الأعلى الصادر في 28 يناير 1986، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 42 و43، ص 159 وما بعدها.
48 - والمقصود من ذلك أنه:
«... (إذا تنازعا) أي المتنازعان اللازمان للتنازع أو الزوجان باعتبار دعوى أحدهما ثبوت الزوجية وصلة تنازعا (في) ثبوت (الزوجية) أي كون أحدهما زوجا للآخر ونفيه بأن ادعاها أحدهما وأنكرها الآخر وجواب إذا تنازعا فيها (ثبتت) الزوجية بينهما بشهادة (بينة) لمدعيها إن شهدت على معاينة العقد بل (ولو) شهدت بالسماع الفاشي بأن قالت لم نزل نسمع من الثقات وغيرهم أن فلانا تزوج فلانة بصداق قدره كذا نقده كذا مؤجله كذا عقد له عليها وليه فلان (بالدف والدخان) أي طعام الوليمة يحتمل أن مراده مع معاينة بينة السماع لهما ويحتمل مع سماعها بهما قال المسناوي مراد المصنف على الاحتمال الأول التنبيه على أن شهادة السماع كشهادة القطع وأن شهود السماع شهدوا الدف والدخان أو سمعوهما وهو أظهر في كلام المصنف وهو مقصوده لأنه محل الخلاف إلا أن شهادة السماع كافية في النكاح ولو لم يكن هناك دف ولا دخان...».
- صالح عبد السميع الآبي الأزهري، جواهر الإكليل شرح مختصر العلامة الشيخ خليل، الجزء الأول، م.س، ص. 322.

وجاء في تبصرة ابن فرحون:

«وأما شهادة السماع في النكاح فإذا ادعى أحد الزوجين النكاح وأنكره الآخر فأتى المدعي ببينة سماع فاش من أهل العدل وغيرهم على النكاح واشتهاره بالدف والدخان ثبت النكاح بينهما هذا هو المشهور والمعمول به وقال أبو عمران إنما تجوز شهادة السماع في النكاح إذا اتفق الزوجان على ذلك وأما إذا ادعاه أحدهما وأنكره الآخر فلا من المتيطية...»[49].

ولقد جرى العمل بالمغرب، وقبله في الأندلس المسلمة، ومنذ قرون خلت - وفي غياب شاهدي عدل[50] - بالاستعانة باللفيف، وهو عبارة عن شهادة اثني عشر

وفي نفس الاتجاه:

- عبد الباقي الزرقاني، الجزء الثاني، م.س، ص 41 وما بعدها.

- الحطاب، المجلد الثالث، م.س، ص. 533.

- الخرشي، م.س، الجزء الرابع، ص. 378.

49 - م.س، الجزء الأول، ص 280.

50 - هذه هي القاعدة والأصل.

وهكذا، فإذا شهد عدل واحد أو من يقوم مقامه، أي ستة من اللفيف، بالزوجية، فإن الزوجية لا تثبت بذلك. ولكن، إذا ادعى رجل على امرأة توفيت أنه زوجها، وأتى بعدل واحد أو من يقوم مقامه فشهد بذلك، فإنه يؤدي اليمين ويرثها وتطبق نفس القاعدة بالنسبة للمرأة التي ادعت أنها زوجة لرجل توفي.

- الزرقاني، م.س، الجزء الرابع، ص. 42.

يقول ابن عاصم الغرناطي:

شهادة العدل لمن أقامه   وامرأتان قامتا مقامه

وما جاء في شرح هذا البيت:

«...فإذا شهد عدل واحد في المال أو في غير المال ولكنه يؤول إلى المال وحلف الطالب مع العدل فإن الحق يثبت...».

يقول الشيخ خليل:

«...وإلا فعدل وامرأتان أو أحدهما بيمين... ونكاح بعد موت...».

وجاء في الشرح:

«هذه هي المرتبة الثالثة أي وإلا كان المشهود به المال أو ما يؤول إليه يكفي فيه العدل والمرأتان أو أحدهما مع اليمين... والمعنى أن المرأة إذا ادعت بعد موت رجل أنه تزوجها بصداق معلوم وأقامت على ذلك شاهدا أو امرأتين أو أحدهما وحلفت معه فإنه يثبت بذلك المال دون النكاح...».

- الخرشي، حاشية الخرشي، م.س، الجزء الثامن، ص. 52 وما يليها.

وجاء في تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام لابراهيم بن فرحون ما نصه:

«...الشهادة على أسباب التوارث كالنكاح بعد موت أحد الزوجين ليرث الآخر مالا... والنسب إذا لم يرد به إلا المال وثبوت الإرث لا ثبوت النسب...».

- م.س، الجزء الأول، ص. 169 و170.

رجلا من عامة الناس، يحررها عدلان منتصبان للإشهاد في وثيقة تصير رسمية بعد الخطاب عليها، ثم تستعمل بعد ذلك كحجة أمام القضاء لإثبات بعض الوقائع أو للتدليل على بعض الحقوق[51].

وهكذا، صار اللفيف في هذا المجال مرادفا للبينة الشرعية أمام القضاء المغربي.

ويستعمل اللفيف بالخصوص في المجالات المتصلة بالأحوال الشخصية أساسا من أجل إثبات الزواج أو تصحيح الزوجية أو إثبات الطلاق أو الرجعة أو المراجعة أو الميلاد أو الوفاة أو النسب أو إحصاء التركة أو عدد الورثة ونصيب كل واحد منهم أو إجراء القسمة البتية أو الغيبة أو الفقد أو الجنون أو السفه، إلى غير ذلك من الوقائع والتصرفات القانونية التي يصعب حصرها والتي لا يهمنا منها إلا ما يخص الزواج وحده.

وعلى الرغم من أن كثيرا من الفقهاء قد غالى في انتقاده اللفيف لما يحفه من المخاطر، بحيث قد يكون وسيلة لادعاء الباطل نتيجة انعدام الضمير لدى بعض الشهود[52]، فإن اللفيف هذا كثيرا ما يقدم خدمة لا تقدر بثمن لمن يعوزه الدليل للوصول إلى حقه، خاصة متى كان هذا اللفيف مضبوطا ومستفسرا[53] بالدقة المطلوبة

وجاء في قرار للمجلس الأعلى:

«إن دعوى الزوجية بعد الوفاة تعتبر دعوى آيلة إلى المال يكتفى في إثباتها بالشاهد واليمين عملا بقول الشيخ خليل في التنازع في الزوجية و"حلفت معه وورثت"...».

- قرار شرعي صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 14 أكتوبر 1999، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد المزدوج 57 و58، ص. 136 وما بعدها.

وانظر في نفس الاتجاه:

- قرار شرعي صادر عن محكمة الاستئناف بالقنيطرة بتاريخ 4 ماي 1992، منشور بمجلة الإشعاع، العدد 14، ص. 124 وما بعدها.

51 - عمر بن عبد الكريم الجيدي، العرف والعمل في المذهب المالكي، مرجع سابق، ص 495 وما يليها.

- محمد بن أحمد بن عبد الله، شهادة اللفيف، بحث منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 18، ص 486 وما يليها.

52 - عبد الرحمن بن عمرو، اللفيف ووسائل الإثبات، مقال منشور بمجلة المحاماة، العدد 15، ص 51 وما يليها.

ونعترف بدورنا أنه كلما ضعف الوازع الديني لدى الشهود نزلت معه القيمة الثبوتية للفيف.

53 - الاستفسار - ويقصد به إعادة شهادة الشهود أمام القاضي غالبا - لابد منه إذا طلبه الخصم لأنه قائم مقام التزكية ولو لم يكن في الرسم إجمال ولا احتمال، وإن كان فيه إجمال لابد منه مطلقا، لا

قانونا. يقول أحد الفقهاء:

«... الناس كثيرا ما يحتاجون إلى شهادة اللفيف، فيما يتفق حدوثه، حيث لم يحضر العدول، فتدعو الضرورة إلى شهادة من حضر من غيرهم أو فيما لا يقصد تحصينه بالشهادة عليه عادة، ثم يحدث ما يحوج للشهادة فلا توجد إلا عند غير العدول ممن اتفقت مباشرته لأسبابها. والضرورة إلى شهادة غير العدول قد تكون بحسب التحمل كما في بلد لا عدول فيه، أو بحسب الأداء فقط»[54].

مع العلم أن الحاجة إلى إثبات العلاقة الزوجية يكون أكثر إلحاحا، بل وأهمية من إثبات باقي التصرفات القانونية الأخرى، ما دام أن الأمر يتعلق بالأعراض وبالأنساب.

فرق بين لفيف وغيره إلا إذا كان الشهود من أهل العلم.

انظر حول هذا الموضوع:

- شرح الشيخ التاودي لمنظومة الإمام الزقاق، المطبعة الحجرية (م.ط.غ.م)، 1334، ص 210 و211.

وجاء في قرار للمجلس الأعلى:

«إن اللفيف لا يعمل به إلا إذا كان مستفسرا ولو لم يكن به إجمال أو إبهام ولا طلبه الخصم فأحرى إذا طلبه كما في النازلة المعروضة، والاستفسار، كما هو معلوم قائم مقام التزكية وعليه استقر العمل القضائي بالمجلس فقد نص الإمام الونشريسي على أن كل من شهد شهادة ولا يعرف كتبها وإنما كتبها عنه غيره فلابد للقاضي من اختباره...».

- قرار رقم 215 الصادر في 9 فبراير 1988 ، في الملف الشرعي تحت عدد 83، 84، 85 (قرار غير منشور).

وبخلاف هذا القرار، جاء في قرار آخر لنفس المجلس صدر لاحقا:

«... إن استفسار البينة لا يعتبر شرطا لصحتها لا سيما إذا لم يكن بها إجمال أو غموض وأن المحكمة بعدم استفسارها لبينة المطلوبين تكون قد استعملت سلطتها التقديرية على الحجج المقدمة لديها...».

- قرار رقم 2408 صادر بتاريخ 15 أبريل 1998، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد المزدوج 53-54، ص. 122 وما بعدها.

54 - عمر بن عبد الكريم الجيدي، م.س، ص. 498.

وهكذا، وطبقا للنص أعلاه، لا يمكن أن تتعطل مصالح الناس لعدم وجود عدول يشهدون بخصوص ما يثار بينهم من نزاعات. وفي هذا الصدد يقول الفقيه المالكي الأصولي أبو إسحاق الشاطبي:

«العدالة معتبرة في كل زمان بأهله وإن اختلفوا في وجه الاتصاف بها. فنحن نقطع بأن عدالة الصحابة لا تساويها عدالة التابعين، وعدالة التابعين لا تساويها عدالة من يليهم. وكذلك كل زمان مع ما بعده إلى زماننا هذا. فلو قيس عدول زماننا بعدول الصحابة، والتابعين لم يعدوا عدولا لتباين ما بينهم من حيث المروءة. لكن لابد من اعتبار عدول لكل زمان بحسبه وإلا لم تكن إقامة ولاية تشترط فيها العدالة، بل لو فرض زمان يعرى عن العدول جملة لم يكن بد من إقامة الأشبه، فهو العدل في ذلك الزمان، إذ ليس بجار على قواعد الشرع تعطيل المراتب الدينية جملة لإفضائه إلى مفاسد عامة يتسع خرقها على الراقع ولا يلم شعثها. وهذا الأصل مستمد من قاعدة المصالح المرسلة...».

- الموافقات في أصول الشريعة، المجلد الأول (1 و2)، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان.

ثانيا - الحاجة إلى إثبات الزواج عن طريق البينة الشرعية:

1 - دواعي حالة الاستثناء :

لم يكن مشروع مدونة الأحوال الشخصية الذي هيأته وزارة العدل غداة استقلال المغرب وعرضته على اللجنة العلمية التي عينها الملك محمد الخامس رحمه الله من أجل مناقشته يشتمل على نص الفقرة الأخيرة من الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية، والتي **تسمح لقاضي الموضوع بسماع دعوى الزوجية بصفة استثنائية عن طريق البينة الشرعية**، وإنما هو حكم تشريعي أضافته تلك اللجنة للظروف الخاصة التي كانت تعيش عليها المملكة آنذاك، والمتمثلة بالخصوص في تفشي الأمية وعدم استيعاب أحكام النصوص التشريعية المكتوبة؛ خاصة وأنه لا يعذر أحد بجهله للقانون[55][(53)].

والحقيقة أنـه لابد في هذا الصدد من التمييز بين فرضيتين، الحالة التي تثار فيها الحاجة إلى إثبات الزواج عـن طريق البينة الشرعية ولا يكـون هناك أي نزاع بين الزوج والزوجة بشأن الزوجية القائمة بينهما[56]، حيث كثيرا ما تغفل الإدارة والقضاء الطرف أمام كل عذر يتمسكان به، والحالة التي ينكر فيها أحد الطرفين - وغالبا ما يكون الزوج - الزوجية التي يدعيها الطرف الثاني – وغالبا ما تكون الزوجة – من أساسها.

هذه الفرضية الأخيرة هي التي طرحت مشاكل أمام القضاء على مستوى كل درجاته، ومن بين هذه المشاكل أن من يدعي الزوجية ويريد إثباتها عن طريق البينة الشرعية، عليه أن يبين حالة الاستثناء التي كانت حائلا دون توثيق عقد الزواج أمام عدلين منتصبين للإشهاد[57].

---

55 - نص المشرع على هذه القاعدة في الفصل الثاني من القانون الجنائي، ومع ذلك فهي مقررة في المادة المدنية كذلك، لأنها مبدأ من المبادئ العامة للقانون في عموميته، قبل أن تكرسها الفقرة الأخيرة من المادة 6من دستور 2011.

56 - وهذا في الحقيقة عبارة عن تقارر والتقرار بين الزوجين يثبت به الزواج.

57 - وهو نفس الاتجاه الذي سار فيه المرحوم علال الفاسي عندما قرر ما يلي:

«... إذن، فالمعاشرة في منزل واحد مع تقارر الزوجين على أنهما تزوجا زواجا شرعيا، ولكن بمقتضى العادات المتبعة في بلدهما تعتبر زواجا، إذا دعمتها بينة عدلية لفيفية بإثبات الزوجية واستمرارها. أما إذا ادعى رجل زوجية امرأة فأنكرت أو كانت هي المدعية وهو المنكر، فالبينة على من ادعى، واتفقوا بقبول شهادة اللفيف ويتم استفسارهم، وشهادة اللفيف من الاستحسان الذي جرى به العمل بالمغرب...».

على أنه لابد لنا في البداية من استظهار التبرير الذي وضعه من ناقشوا مشروع المدونة، وأضافوا الفقرة الأخيرة إلى الفصل الخامس من تلك المدونة، عله ينير لنا بعض جوانب قصد المشرع من تلك الإضافة:

«... والمفهوم من المذكرة الإيضاحية أن اشتراط وقوع الإشهاد في مجلس واحد من باب الاحتياط للمصلحة، فإذا أقر ولي الأمر كان من باب سد ذرائع الفساد التي هي من أساس التشريع الإسلامي[58]، وحيث إنه سدا للذريعة فإنه ينبغي أن يبقى حق إثبات الزوجية قائما للذين لم يسبق لهم كتابة العقود وهم الأغلبية الساحقة من رجال البادية ونظرا لما جرى عليه العمل من ثبوت الزوجية ولو ببينة وإذا كان إثبات القتل يقع بالبينة وقد ينبني عليه إعدام القاتل فكيف لا تثبت الزوجية بها...»[59].

فمن خلال هذا النص نستنتج أمريــن هامين:

أولهما أن الزواج الذي أبرم قبل دخول المدونة إلى حيز التطبيق يكون قد

ـ التقريب، م.س، ص 117.

58 - يقصد بالذريعة لغة الوسيلة، وهي تجمع على ذرائع وهي ما يتوصل به عادة إلى الشيء (راجع ابن منظور، لسان العرب، الجزء الثامن، ص 96).

ويقصد بالذريعة في الاصطلاح كل ما يؤدي إلى مصلحة، فإذا كانت الذريعة تؤدي إلى الحرام أو إلى مفسدة وجب سدها واجتنابها ولو كانت في الظاهر مباحة وجائزة. وإذا كانت الذريعة تؤدي إلى مصلحة أو إلى ما هو حلال وجب فتح بابها والعمل بها. والشريعة الإسلامية كما منعت ما فيه مفسدة بداية منعت كذلك ما فيه مفسدة نهاية، وهذا هو ما يسمى بسد الذرائع واعتبار المآلات.

والذريعة التي يجب سدها هي التي يكون ظاهرها الإباحة ويتوصل بها إلى فعل المحظور (انظر الباجي، إحكام الفصول في أحكام الأصول، تحقيق عبد الله الجبوري، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ص 567).

قال ابن قيم الجوزية:

«وباب سد الذرائع أحد أرباع التكليف، فإنه أمر ونهي، والأمر نوعان: أحدهما مقصود لنفسه والثاني وسيلة إلى المقصود.

والنهي نوعان: أحدهما ما يكون المنهى عنه مفسدة في نفسه، والثاني ما يكون وسيلة إلى المفسدة، فصارت الذرائع المفضية إلى الحرام أحد أرباع التكليف».

ـ ابن قيم الجوزية، أعلام الموقعين عن رب العالمين، دار الفكر بلبنان، الطبعة الثانية، 1977، ص 171 من الجزء الثالث.

وانظر لمزيد من الإيضاح حول القاعدة:

ـ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، ص. 275، وما بعدها.

ـ أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، المجلد الثاني، الجزء الرابع، دار الكتب العالمية، بيروت لبنان، (د.ت.ط.م)، ص. 144 وما بعدها.

59 - عبود رشيد عبود، مرجع سابق، ص 96 وما يليها.

توفرت فيه حالة الاستثناء بالاستناد إلى المبدإ العام الذي يقضي بأنه ليس للقانون أثر رجعي[60].

وثانيهما أن الزواج الذي أبرم بعد دخول المدونة إلى حيز التطبيق ولكنه لم يوثق أمام العدلين المنتصبين للإشهاد يجب على المتمسك به أن يبرز حالة الاستثناء ويقنع القضاء بها، وهذا القضاء عليه ما أمكن أن يسد ذريعة الفساد[61]، ويحفظ للأسرة كيانها ومن ثمة للزوجة عرضها وللأولاد نسبهم.

فكيف تعامل القضاء المغربي إذن مع هذا الإثبات؟

2 ـ موقف القضاء المغربي من مفهوم حالة الاستثناء:

يتبين من استعراض العديد من القرارات الصادرة عن القضاء المغربي بوجه عام في هذا الخصوص، وعن المجلس الأعلى بوجه خاص، أن القاعدة التي تسمح باللجوء إلى حالة الاستثناء هي قاعدة لها جانب موضوعي وجانب شكلي، تجب مراعاتهما

أ ـ فمن الناحية الموضوعية، فإنه يجب على قاضي الموضوع أن يبين بكل وضوح حالة الاستثناء التي كانت سببا في عدم توثيق عقد الزواج والتي اعتمدها الخصم في الدعوى[62]، وإلا عرض حكمه للنقض.

60 - انظر قرار المجلس الأعلى الصادر في 4 نونبر 1967 والمنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 5، ص 18 وما يليها.

61 - ولعل ما يؤكد ذلك ما قرره المجلس الأعلى نفسه من خلال أحد قراراته:

«... إن الفقرة الأخيرة من الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية تنص على أنه يجوز للقاضي بصفة استثنائية سماع دعوى الزوجية واعتماد البينة الشرعية في إثباتها، ولا يوجد دليل على أن المشرع المغربي قصد حصر هذا النص بإثبات الأنكحة التي تمت بواسطة الجماعة قبل فاتح يناير 1958 ولذلك حين يجد القاضي نفسه أمام واقع يفرض عليه شرعا أن يحفظ على زوجين تم زواجهما بواسطة جماعة من المسلمين لأسباب قاهرة بعد فاتح يناير 1958 ترابطهما وتسلمهما، يجوز له - بصفة استثنائية - أن يطبق مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل الخامس...».

ـ قرار 19 مارس 1962، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 54، ص 184 وما يليها.

62 - ينص الفصل 359 من ق.م.م. على أنه:

«يجب أن تكون طلبات نقض الأحكام المعروضة على المجلس الأعلى – محكمة النقض حاليا – مبنية على أحد الأسباب الآتية:

1 ـ خرق القانون الداخلي

2 ـ خرق قاعدة مسطرية أضر بأحد الأطراف

3 ـ عدم الاختصاص

ب - ومن الناحية الإجرائية، فإنه يجب عليه أن يبرر أخذه أو عدم أخذه بحالة الاستثناء تلك، وإلا عرض حكمه للنقض[62]، تطبيقا لمقتضيات الفصل 359 من قانون المسطرة المدنية.

ونفصل ما أجملناه فيما يلي:

أ- الناحية الموضوعية للقاعدة:

فمن الناحية الموضوعية، فإن القضاء المغربي في مجمله فسر حالة الاستثناء المنصوص عليها في الفقرة الأخيرة من الفصل الخامس من المدونة بكل عقبة مادية حالت دون **توثيق عقد الزواج أمام العدلين المنتصبين بعد الإشهاد عليه**، فاعتبر الزواج صحيحا في الحالة التي يستحيل معها اللجوء إلى هؤلاء العدلين، كالتواجد بمنطقة نائية لا عدول فيها[64]، أو بخارج المملكة[65] في دولة لا توجد بها قنصلية مغربية، أو في الحالة التي يستحيل فيها على الرجل الحصول على بعض الوثائق الإدارية - كما هو الحال بالنسبة لرجال الأمن مثلا[66] - والذي يجب عليه أن يدلي بها للعدلين

4- الشطط في استعمال السلطة.

5- عدم ارتكاز الحكم على أساس قانوني أو انعدام التعليل».

وانظر حول هذا الفصل:

- محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، م.س.، ص. 371 وما بعدها.

وحول تحليل مقتضيات هذا النص، انظر:

- محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2001، ص. 484 وما بعدها.

63 - محمد الكشبور، التعليق على قرار المجلس الأعلى الصادر في 30 أبريل 1985 والمنشور بمجلة المحاكم المغربية عدد 52، ص 61 وما بعدها.

- راجع قرار المجلس الأعلى الصادر في 10 أبريل 1978، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 25، ص 125 وما بعدها.

64 - قرار رقم 111 الصادر عن المجلس الأعلى في 5 ماي 1975 في القضية تحت عدد 49575، كما أشار إليه الأستاذ صلاح الدين زكي في مرجعه السابق بالصفحة 145.

65 - جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«لما كان الزواج قد تم ببلد أجنبي غير إسلامي لا يعرف إشهاد العدلين على الزواج وفي وقت لم يكن المغرب قد نصب فيه العدول للقيام بمهمة الإشهاد، فإن حالة الاستثناء تعد متوفرة في النازلة خصوصا وأن المدعية أدلت بلفيف يشهد شهوده بإقامة حفل الزفاف وأن أغلب الشهود كانوا حاضرين وأن العقد تم بولي وصداق...».

- قرار 19 يونيو 1990، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 142، ص 118 وضمن مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، الجزء الثاني، 1983-1995، ص. 9 وما بعدها.

66 - قرار رقم 37 الصادر عن المجلس الأعلى في 11 فبراير 1980 في القضية تحت عدد 74935 (قرار غير

المكلفين بعملية الإشهاد على العقد وتوثيقه، أو في حالة وفاة العدل الذي شهد على عملية إبرام العقد[67]، بالإضافة طبعا إلى الحالة التي يكون فيها عقد الزواج قد أبرم قبل دخول المدونة إلى حيز التطبيق، حيث المبدأ أن القانون لا يطبق بأثر رجعي، طبقا للفقرة الأخيرة من المادة 6 من الدستور.

وحالات الاستثناء هذه يجب أن يشار إليها في الحكم الصادر عن محكمة الموضوع. وفي هذا الصدد، جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«إذا كان لا يصح عقد الزواج إلا بحضور شاهدين عدلين سامعين في مجلس واحد الإيجاب والقبول... فيجب على القاضي إذا اقتضى نظره أن يطبق الصفة

منشور).

وفي قضية مماثلة رفعت المدعية أمام المحكمة الابتدائية بمراكش دعوى ضد زوجها الشرطي تطلب من خلالها نفقتها منه، حكمت عليه المحكمة الابتدائية غيابيا بعدما أدلت المدعية بلفيف لإثبات الزوجية. فاستأنف الزوج المدعى عليه الحكم المذكور، مدعيا بأنه لم يكن أبدا زوجا للمدعية وأن اللفيف المدلى به غير صحيح، لأنه يعمل شرطيا ولا يمكنه من ثمة أن يعقد زواجه إلا بإذن خاص من رؤسائه وأن البينة الشرعية لا يلجأ إليها، إلا عند عدم وجود عدول، فردت المستأنف عليها بأن المدعى عليه حضر عند عائلتها صحبة جمع من الناس، وأنكحه إياها وليها بعد الاتفاق على شرط الزواج وبعد قراءة فاتحة الكتاب. وأن المستأنف التجأ إلى هذه الطريقة لأنه استحال عليه الحصول على الإذن المذكور، إذ سبق له أن حصل عليه عند عقد زواجه على امرأة أخرى قبلها. فألغت محكمة الاستئناف الحكم الابتدائي وقررت عدم ثبوت الزوجية لأنه ليس هنالك ما يبرر الأخذ بحالة الاستثناء.

نقض المجلس الأعلى قرار محكمة الاستئناف:

«... إن حالة المطلوب ضده النقض كشرطي متزوج يصعب عليه الحصول على إذن بالزواج ليمكن أن يتقدم به أمام العدلين وأن مثل هذه الحالة تشكل حالة استثناء...».

- قرار 30 أبريل 1985، منشور بمجموعة قرارات المجلس الأعلى، مجموعة قرارات المجلس الأعلى في مادة الأحوال الشخصية، ج II، الرباط، 1993، ص 5 وما بعدها.

67 - قرار المجلس الأعلى الصادر في قرار 21 أكتوبر 1986، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 40، ص 165 وما بعدها.

جاء في المادة 21 من المرسوم التطبيقي للقانون رقم 03-16 بشأن خطة العدالة والصادر في 28 أكتوبر 2008:

«إذا توفي عدل أو زالت عنه الصفة أو انتقل أو فقد أهليته أو عاقه عائق آخر عن الأداء بعد أن تلقى شهادة بصفة قانونية وأثبتها في كناش الجيب المعمول به سابقا أو في مذكرة الحفظ، كلف القاضي المكلف بالتوثيق - بناء على طلب يقدم إليه من ذوي المصلحة - عدلين للتعريف به مع إدراج نص الشهادة موضوع التعريف في مذكرة الحفظ لأحد العدلين المعرفين ضمن شهادة التعريف ثم يحرر رسم بذلك ويضمن بسجل التضمين. يعتبر رسم التعريف بعد الخطاب عليه بمثابة أصل.

تطبق نفس المسطرة بالنسبة للتعريف فيما يخص الشهادة المضمنة بسجل التضمين المذيلة بشكل العدلين المتلقيين لها عند تعذر الوقوف على كناش الجيب أو مذكرة الحفظ».

- ج.ر. عدد 5687 بتاريخ فاتح ديسمبر 2008، ص. 4403 وما بعدها.

الاستثنائية المشار إليها في الفقرة الثالثة من الفصل الخامس لمدونة الأحوال الشخصية:

أولا - أن ينكر الحكم أنه يطبق هذه الصفة الاستثنائية.

ثانيا - أن ينكر كذلك جميع الأحداث التي أباحت له أن يحكم بإثبات الزوجية مع عدم توثيق عقد الزواج المشترط في الفقرة الأولى من الفصل الخامس المذكور»[68].

وجاء في قرار آخر لذات المجلس:

«...لا تسمع دعوى الزوجية اعتمادا على البينة إلا بصفة استثنائية. ويجب على المحكمة أن تبين حالة الاستثناء وإلا تعرض حكمها للنقض...»[69].

وفي توضيحه لحالة الاستثناء، فقد عمد القضاء المغربي في عموميته - ويسايره في ذلك المجلس الأعلى - إلى التوسع في مفهومها بكيفية تكاد تستغرق جميع حالات عدم توثيق الزواج رسميا أمام العدلين. وهكذا فقد قرر أن: «... جل سكان البادية وحتى البعض من الحاضرة يستغنون عن إحضار العدول اكتفاء بالجماعة وأن الإشادة بالزواج وشهرته تكفي، وأن مرد ذلك إلى العادة التي استحكمت في نفوس المغاربة سواء من بقي بالبادية أو من نزح إلى الحاضرة، وأن المشرع المغربي عندما أجاز سماع البينة اعتبر ما استحكم في نفوس المغاربة، واعتبر الحفاظ على الأسرة من التصدع طبقا للفقرة الثالثة من الفصل الخامس من المدونة...»[70]، كما قرر من خلال قرار آخر أن: «... سبب عدم توفر المتداعيين على عقد نكاح يرجع إلى العادة التي ورثها الأفراد واستحكمت في نفوسهم مما يجعل البينة هي الوسيلة الكفيلة بحل المشكلة...»[71] وفي قرار ثالث: «... إن إثبات الزواج بالبينة الشرعية يعتبر مصلحة كبيرة للهيئة الاجتماعية...»[72] وفي قرار رابع: «... إن المشرع لم يحصر حالة الاستثناء في وجود العدول في منطقة، دون أخرى، بل ترك الباب مفتوحا أمام المتنازعين في إثبات الزوجية بمقتضى الفقرة الثالثة من الفصل الخامس من المدونة...»[73].

---

68 - قرار شرعي صادر بتاريخ 30 مارس 1969، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 5، ص. 65 وما بعدها.

69 - قرار اجتماعي صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 25 صفر 1392، منشور ضمن مجموعة قرارات المجلس الأعلى 1965-1995، ص. 190 وما بعدها.

70 - (68) قرار تحت رقم 111 الصادر في 5 ماي 1975 السالف الذكر.

71 - قرار تحت رقم 29 الصادر في 23 يناير 1975 في القضية تحت عدد 45546.

72 - قرار تحت رقم 513 الصادر في 30 يونيو 1975 في القضية تحت عدد 41778.

73 - قرار تحت رقم 228 الصادر في 21 ماي 1975 في القضية تحت عدد 47565.

وهكذا، فالمتمعن جدا في هذه القرارات، سيلاحظ أن القضاء المغربي - في بداية تطبيقه للفقرة الثالثة من الفصل الخامس أعلاه قد حول حالة الاستثناء إلى القاعدة لدواعي اجتماعية وشرعية بالخصوص.

وقد علق أستاذنا المرحوم صلاح الدين زكي على موقف القضاء المغربي السالف ذكره قائلا: «... ذلك قضاء وإن كان لم يسلم من نقد الفقه، فإنه سليم وصحيح وسديد، ذلك بأنه قد استجاب إلى إرضاء الحاجة العملية المشروعة التي تثور في المجتمع المغربي، وغيره من المجتمعات العربية في الواقع، مع ما يتمشى مع إرضائها هو خير تفسير لنصوص التشريع الوضعي وحفظ الزواج لطابعه الإسلامي، فالشريعة الغراء، لا تعرف نظام التوثيق والموثقين[74]، وما يقال من أن هناك مبدأ تخصيص القضاء، فمرده بأنه تفسير خطير يحسن الابتعاد عنه، إذ الواقع أنه يمكن اتخاذه وسيلة لقلب أحكام الشريعة الغراء رأسا على عقب...»[75].

ورغم ذلك، فإن المجلس الأعلى لم يكن منسجما دائما مع موقفه السابق عندما قرر ما يلي:

«... ما دام العدول موجودين بقبيلة أولاد عيسى من ناحية قرية أبا محمد - أحواز فاس - فلا يمكن إثبات الزوجية باللفيف...»[76] مع العلم أنه سبق لنفس المجلس أن قبل حالة الاستثناء، على الرغم من أن الزواج قد تم بمدينة مراكش[77] أو بمدينة الدار البيضاء[78]، وهما مدينتان كبيرتان تعجان بالعدول المنتصبين للإشهاد.

ب - الناحية الإجرائية للقاعدة:

من الناحية الإجرائية، فقد فرض المجلس الأعلى - محكمة النقض حاليا - مبكرا

---

74 - مع العلم أننا لا نوافق أستاذنا الجليل على ما جاء في سياق كلامه. ذلك أن الفقه الإسلامي عموما والفقه المالكي بالخصوص قد عرف فقهاء متخصصين في فقه التوثيق نذكر منهم مثلا المتيطي والفشتالي والمكناسي والجزيري وابن سلمون والونشريسي وابن عرضون وبناني (الملقب بفرعون) والهواري والصنهاجي وغيرهم.

75 - صلاح الدين زكي، مرجع سابق، ص 146.

76 - راجع القرار رقم 111 الصادر في 5 ماي 1975 السالف الذكر.

77 - راجع القرار رقم 37 الصادر في 11 فبراير 1980 السالف الذكر.

78 - راجع القرار رقم 611 الصادر في 13 يونيو 1983، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى تحت عدد 35/36، ص. 135 وما بعدها.

على قضاة الموضوع رقابة صارمة على تسبيب حالة الاستثناء، حيث جاء مثلا في قرار لهذا المجلس:

«حيث إنه يجب على المحكمة أن تبين الدواعي التي حملتها على إعمال هذا الاستثناء حتى يتمكن المجلس الأعلى من مراقبة دواعي الاستثناء وأسبابه»[79].

وجاء في قرار آخر:

«حيث إن الحكم المطعون فيه طبق مقتضيات الفقرة الثالثة من الفصل الخامس من المدونة، ودون الإشارة إلى أن هناك حالة استثناء...»[80].

وجاء في قرار ثالث:

«... وحيث إن التبريرات التي ساقتها المحكمة لا تشعر بالأعذار الحقيقية للعدول عن إشهاد العدلين ولا تبرر الأخذ بحالة الاستثناء...»[81].

ولم يكتف المجلس بفرض وجوب تعليل الأخذ بحالة الاستثناء، وإنما فرض كذلك على محاكم الموضوع تعليل استبعادها، جاء مثلا في أحد قراراته:

«حيث يستخلص من معطيات النازلة أن المطلوب في النقض إنما نازع الطاعنة في المرحلة الاستئنافية في كون اللفيف المدلى به من طرفها لا يحل محل عقد الزواج المتوفر على شرط حضور شاهدين عدلين. ومع أن الحكم المستأنف اعتمد اللفيف مقدرا فيه الاستثناء لسماع دعوى الزوجية، عملا بالفقرة الأخيرة من الفصل الخامس من المدونة، فإن القرار المطعون فيه استبعده بدون أن يناقش من جهة كونه متوفرا على حالة الاستثناء طبق ما ذهب إليه الحكم الابتدائي المستأنف أو غير متوفر عليها،

---

79 - قرار المجلس الأعلى بتاريخ فاتح فبراير 1971 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 24، ص 28 وما بعدها.

80 - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 16 مارس 1977، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 127، ص 152 وما بعدها.

81 - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 17 يوليوز 1972، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 130، ص 107 وما بعدها.

ومن أهم القرارات التي صدرت في الموضوع:

«إن الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية اشترط لصحة عقد الزواج حضور شاهدين عدلين، وإنما أجاز للقاضي سماع دعوى الزوجية واعتماد البينة الشرعية في إثباتها استثناء ويجب على المحكمة أن تبين الدواعي التي حملتها على إعمال هذا الاستثناء حتى يتمكن المجلس الأعلى من مراقبة دواعي الاستثناء وأسبابه».

قرار شرعي صادر في فاتح دجنبر 1971، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 24، ص. 28 وما بعدها.

وقد اكتفى في تعليله استبعاده له بما أشار إليه من أنه لا يستجيب للمقتضيات المتطلبة في عقد الزواج بشروطه والمتضمنة في المدونة، مع أن الفقرة الأخيرة من الفصل الخامس منها تجيز للمحكمة استثناء من شرط صحة عقد الزواج بحضور شاهدين عدلين سماع دعوى الزوجية بدون توفر هذا الشرط، واعتماد البينة الشرعية في إثباتها، الأمر الذي يجعله غير مؤسس ويعرضه بالتالي للنقض...»[82].

على أن الحزم الذي أبداه المجلس الأعلى في مواجهة محاكم الموضوع بخصوص تعليل حالة الاستثناء، لم يكن دائما في نفس المستوى، إذ هناك حالات كثيرة تكتفي فيها المحكمة بالإشارة إلى حالة الاستثناء، والمجلس الأعلى لا يبدي أي اعتراض على الرغم من انعدام أي تبرير، أو على الأقل من انعدام جديته. وفي هذا الصدد، جاء مثلا في قرار للمجلس الأعلى:

«حيث إن المدونة خولت للقاضي بصفة استثنائية اعتماد البينة في دعوى الزوجية وأن المحكمة اعتبرت اللفيفية المدلى بها لإثبات الزوجية حجة صحيحة، وذلك حسب السلطة التي لها في تقدير قيمة الحجج...»[83].

وجاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء:

«... أما الدفع بكون الزوجية لا تثبت إلا بعقد النكاح المنصوص عليه في أول الفصل الخامس من المدونة، فإن المنصوص عليه فقها أنه لا يجوز الدخول بالزوجة إلا بعد العقد عليها كما هو مذكور في أول الفصل الخامس ولكن بعد الوقوع ودخول الزوج بزوجته، فإن النكاح لا يفسخ لأن العقد ليس بركن[84] ولا شرط في النكاح، كما في فتوى ابن لب حسبما نقله التسولي عند قول العاصمية:

وفي الدخول الحتم في الإشهاد — وهو مكمل في الانعقاد

أي أن إشهار النكاح مع علم الولي والزوجين يكفي وإن لم يحصل إشهاد وهكذا كانت أنكحة السلف، وهكذا حين يكون النكاح والدخول مشتهرا شائعا يسقط الحد

---

82 - القرار الصادر في 22 أبريل 1998 في الملف الشرعي عدد 729/97/1/2 (قرار غير منشور).

83 - قرار 30 يونيو 1975 في القضية تحت عدد 41778 (قرار غير منشور).
وراجع في نفس الاتجاه القرار الشرعي الصادر عن المجلس الأعلى في 18 يونيو 1991، منشور ضمن القرارات الصادرة عن غرفة الأحوال الشخصية، 1962–1995، ص. 143 وما بعدها.

84 - ولاحظ أن المحكمة تخلط بين الكتابة والعقد، فهي تتحدث عن العقد وتقصد الوثيقة التي تتضمنه في الواقع.

باتفاق ويثبت النكاح الشيء الذي حدا بالمشرع المغربي أن جعل حالة الاستثناء في الفقرة الثالثة من الفصل الخامس المذكور أنه يجوز بصفة استثنائية إثبات الزوجية بالبينة الشرعية ذلك أنه إذا وقع النكاح بين الزوجين ونتج عن ذلك الزواج مولود فإن الزوجية تثبت بالبينة ولو كانت سماعية كما في الشيخ خليل وغيره...».

ولما طعن في هذا الحكم على أساس أنه لم يبرر بما فيه الكفاية حالة الاستثناء، قرر المجلس الأعلى أن المحكمة قد «... عللت الاستثناء بأقوال الفقهاء ومنها فتوى ابن لب والشيخ خليل حول إشهار النكاح...»[85].

فيلاحظ أن محكمة الموضوع قد عللت حالة الاستثناء في القرار الأول بوجود لفيف، وفي القرار الثاني بأقوال للفقهاء تتصل بشرط الإشهاد على الزواج، وقد قبل المجلس الأعلى ذلك التعليل، مع العلم أن المطلوب في هذا الصدد هو إبراز الأسباب التي حالت دون توثيق عقد الزواج أمام العدلين المنتصبين للإشهاد وإقناع المجلس الأعلى بوجاهة تلك الأسباب المعتمدة، وهي أسباب مادية بالأساس وليست شرعية أو قانونية.

وقد سار المجلس الأعلى، في قرار حديث، في نفس الاتجاه عندما اعتبر أن الزوجة التي تدعي أنها طردت من الجزائر وعندما دخلت إلى المغرب تزوجت بدون توثيق عقد الزواج، لأنها كانت جاهلة بمضمون القانون المغربي بشأن هذه المسألة، تستفيد من حالة الاستثناء المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من الفصل الخامس من المدونة، ومما جاء في هذا القرار:

«... القرار المطعون فيه اعتمد القواعد الفقهية وساير الاجتهادات القضائية. فالفقه الإسلامي يشترط في ثبوت الزواج الإعلان عنه بدف أو باستدعاء لحضور وليمة الزفاف حتى يفرق بين زواج السر وزواج العلن وبالتالي يجعل العقد صحيحا والفقهاء المالكيون يجعلون الإشهاد شرط صحة فقط والمشرع المغربي أحال فيما سكتت عنه المدونة على مذهب الإمام مالك كما اعتبر فقهاء المالكية أن النكاح يثبت بالاستفاضة والمحكمة تتوفر على السلطة التقديرية في تقييم الحجج المدلى بها بالإضافة إلى أن الموجب أثبت شهوده أن الزواج كان بولي وصداق وإذا لم يحدد الصداق فيرجع فيه إلى صداق المثل بشهود استشهدوا في شهادتهم على المعاينة فجاءت شهادتهم قاطعة ومفصلة لأركان النكاح...».

---

85 - قرار 13 يونيو 1983، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 35 و36، ص 135 وما بعدها.

وفي رده على إحدى وسائل الطعن بالنقض، قرر المجلس في ذات القرار ما يلي:

«... إن كتابة العقد ليست شرطا ولا ركنا...»[86]، حيث تبقى مجرد وسيلة للإثبات.

وأخيرا فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«لكن، حيث إن المحكمة عللت حكمها بأن المدعى عليه لم ينكر النكاح وأن ادعاءه النشوز من بيت الزوجية اعتراف بالنكاح ولم تكن في حاجة إلى الإدلاء بعقد النكاح خاصة أنه قد استكثر المبالغ المحكوم بها، وهو تأكيد كذلك للرابطة الزوجية...»[87].

وقد رأينا في البداية أن عدم اعتراض الزوج على زواجه من المدعية يجعل القضاء المغربي غالبا في حل من البحث عن رسم أو وثيقة الزواج، ما دام أن الإقرار يقوم مقام ذلك.

والآن وبعد هذا العرض، نتساءل عن الجديد الذي تضمنته مدونة الأسرة في هذا الصدد؟

---

86 - قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 7 يونيو 1994، قرار منشور بمجلة المحامي، العددان 25 و26، ص 238 وما بعدها.

وفي نفس الاتجاه، جاء في قرار حديث للغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى:

«لكن، رداً على ما ورد في الوسيلتين أعلاه، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتبرت واقعة الزواج بين الطرفين ثابتة حسب شهادة الشهود الحاضرين واستفسارهم وتأكيدهم حضور حفلة الزفاف وعللت قضاءها بأن المحكمة الابتدائية استمعت إلى شهادة الشهود بعد أدائهم اليمين القانونية فأكدوا زواج المستأنف بالمستأنف عليها بصداق وولي هو والدها وأنه كان يعاشرها معاشرة الأزواج، كما أكدوا حضورهم حفل الزفاف وأن كتابة عقد الزواج هو لإثبات تحققه وليس ركنا في العقد وأنه إن تعذر الإشهاد المزكاة باليمين وبذلك تكون المحكمة قد أقامت قضاءها على أسباب سائغة لها أصلها في الشرع والقانون خلال ما أثاره الطاعن...».

- قرار مؤرخ في 13 شتنبر 2006، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 66، ص 128 وما بعدها.

87 - قرار رقم 156 والصادر في أبريل 1980 في الملف الاجتماعي تحت عدد 504 78 (قرار غير منشور).

وللاطلاع على قرارات أخرى تتعلق بقبول حالة الاستثناء المنصوص عليها ضمن الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، انظر:

- محمد بفقير، مدونة الأسرة والعمل القضائي المغربي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2006، ص 27 وما بعدها.

المبحث الثاني

إثبات عقد الزواج في مدونة الأسرة

تمهيد :

تشترك مدونة الأسرة مع مدونة الأحوال الشخصية الملغاة في وجوب كتابة عقد الزواج، بالشكل الذي وضحناه في الفرع السابق.

فقد تثبت لعقد الزواج كل عناصره من أركان وشروط صحة، دون الإشهاد عليه وتوثيقه من جانب العدلين المنتصبين للإشهاد والمخاطبة عليه من طرف قاضي التوثيق. فكيف يتم إثباته في هذه الحالة الأخيرة؟

نظم المشرع المغربي كيفية إثبات عقد الزواج غير الموثق في المادة 16 من مدونة الأسرة والتي صيغت على الوجه الآتي:

«تعتبر وثيقة الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج.

إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة.

تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين.

يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمس سنوات، ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ».

وبالقراءة المتأنية لمقتضيات هذه المادة، نستنتج[88] أن عقد الزواج يثبت بإحدى الطريقتين الآتيتين:

1 ـ الوثيقة أو الرسم العدلي المتضمن لعقد الزواج (الفقرة الأولى من المادة 16).

وهذه هي القاعدة التي تنسجم مع الأحكام المضمنة في المواد من 65 إلى 69 من مدونة الأسرة.

88 – مع العلم أن المشرع أضاف خمس سنوات أخرى بعد انقضاء خمس سنوات الأولى بالقانون 09–08.

2 ـ بالحكم القضائي المعترف بوجود ذلك العقد (الفقرة 2 و3 و4 من المادة 16).

وهذه قاعدة جاءت على سبيل الاستثناء، ترمي إلى سد الفراغ الناتج عن عدم الالتزام بالنصوص أعلاه المتعلقة بالإشهاد على عقد الزواج وتوثيقه.

وهذا الاستثناء محدد في الزمن على ما قررته الفقرة الأخيرة من المادة 16 أعلاه.

أولا ـ قاعدة إثبات عقد الزواج بالوثيقة العدلية أو الرسم الذي يتضمنه:

لقد سبقت الإشارة إلى أن العدلين المنتصبين للإشهاد يقومان عمليا بوظيفتين متميزتين عن بعضهما:

1 ـ الإشهاد على إبرام عقد الزواج الذي أبرم أمامهما، وهذا شرط شرعي، وهو مفروض بالمادة 13 من مدونة الأسرة.

2 ـ توثيق ما تم الإشهاد عليه[89]، وهذا شرط تشريعي استدعته المصلحة، وهو مفروض بالمواد من 65 إلى 69 من مدونة الأسرة.

مع العلم أن الكتابة المتضمنة لعقد الزواج لا تكون رسمية إلا بعد أن يخاطب عليها قاضي التوثيق مع وضع طابعه، حيث تتاح له فرصة مراقبة مدى صحة العقد ومدى صحة الوثيقة التي تتضمنه (المادة 35 من القانون رقم 03-16 بشأن خطة العدالة)[90].

89 - هذا مع العلم أن المشرع يخلط هنا كذلك بين العقد والوثيقة التي تتضمنه على ما يتضح من صياغة المادة 67 من مدونة الأسرة.

راجع بخصوص التمييز بين العقد وهو فكرة معنوية والوثيقة التي يدون فيها ذلك العقد لاعتبار ما:

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء الثاني الإثبات – آثار الالتزام، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1968، ص 105 وما بعدها.

— Ch. Larroumet, "Droit civil. Les obligations. Le contrat", tome III, Economica, Paris, 1990, n° 137, 198, 218 et suiv.

— F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, "Droit civil. Les obligations, n° 121 et suiv.

90 - راجع الفصل 418 من ق.ل.ع والمادة 34 من القانون 03–16 المتعلق بخطة العدالة وقد سبقت الإشارة إليهما.

وقد نبه المشرع المغربي من خلال الفقرة الأولى من المادة 16 إلى أن الوثيقة المتضمنة لعقد الزواج هي التي تثبت العلاقة الزوجية، وبالتبعية هي التي تثبت صفة الزوج وصفة الزوجة، حالة الترافع أمام القضاء[91]، حيث يجب الإدلاء بها أولا وإلا حكم بعدم قبول الدعوى المرفوعة في هذا الصدد، بالكيفية التي حددها الفصل الأول من قانون المسطرة المدنية.

ومن الملاحظ أن الفقرة الأولى من المادة 16 أعلاه جاءت عامة، بحيث تفرض إثبات العلاقة الزوجية عن طريق الكتابة، سواء أمام القضاء المدني أو الجنائي أو أمام مختلف الإدارات العمومية، الوطنية أو الأجنبية، كالهيئات الديبلوماسية من سفارات وقنصليات، على سبيل المثال.

نعم، قد يضيع الرسم المتضمن لعقد الزواج، وفي هذه الحالة يمكن استخراج نسخة منه بالكيفية التي حددها المشرع[92] في القانون المتعلق بخطة العدالة الصادر بالقانون رقم 03-16 (المادتان 37 و38).

وأخيرا، يستفاد من عبارة أن وثيقة الزواج «تعتبر... الوسيلة المقبولة لإثبات عقد الزواج» والمضمنة بمطلع المادة 16 أعلاه، أنه لم يعد بالإمكان استنتاج وجود ذلك

---

91 - وحول مفهوم الصفة من الناحية الإجرائية، تراجع مصنفات قانون المسطرة المدنية. راجع بالخصوص وعلى سبيل المثال:

- عبد الكريم الطالب، الشرح العملي لقانون المسطرة المدنية، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2001، ص 143 وما بعدها.

- موسى عبود ومحمد السماحي، المختصر في المسطرة المدنية والتنظيم القضائي، طبع ردملك، 1994، ص 121.

وبالنسبة للقانون الفرنسي انظر:

– S. Guinchard et autres, op. cit., p. 18 et suiv.

– J. Héron, op. cit. p. 50 et suiv.

92 - جاء في المادة 37 من القانون رقم 03-16 المتعلق، بخطة العدالة ما يلي:

«تستخرج نسخ الشهادات وفق مقتضيات هذا القانون والقانون رقم 00-49 المتعلق بتنظيم مهنة النساخة الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 1214-01-1 بتاريخ 29 من ربيع الأول 1422 (22 يونيو 2001).

توقع نسخ الشهادات بعد التأكد من مطابقتها لما استخرجت منه من قبل عدلين والقاضي».

وجاء في المادة 38 من نفس القانون أنه:

«لا تؤخذ النسخ إلا من الشهادات المضمنة بسجلات التضمين، أو من النظائر المحفوظة بصفة قانونية بكتابة الضبط خلال فترة نظام النظائر من فاتح يوليوز 1983 إلى 16 يونيو 1993 شريطة أن تكون مذيلة بتوقيع عدليها وخطاب القاضي المكلف بالتوثيق.

تحدد كيفية استخراج النسخ في حالة تخلف الشرطين المذكورين بنص تنظيمي».

العقد من الاعتراف الصريح أو الضمني به، بالكيفية التي سبق أن اعتمدها القضاء المغربي في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وإنما يجب أن يصدر بذلك حكم قضائي، عن قسم قضاء الأسرة المختص والذي يقر بوجود العلاقة الزوجية، والذي يحل محل الوثيقة التي يحررها العدلان عادة، على ما يستفاد من مقتضيات المادة 16 والتي نحن بصدد تحليلها.

ثانيا - إثبات عقد الزواج غير الموثق استثناء بحكم قضائي:

إلى جانب القاعدة التي قررها المشرع من خلال الفقرة الأولى من المادة 16 من مدونة الأسرة، والتي تقضي بأن إثبات العلاقة الزوجية يتم بالوثيقة العدلية المنجزة في إطار المواد من 65 إلى 69 من تلك المدونة، عاد المشرع في الفقرة الثانية من المادة 16 أعلاه ليضع استثناء على القاعدة أعلاه، مفاده أنه بالإمكان إثبات عقد الزواج بحكم قضائي وفقا لشروط محددة. جاء في تلك الفقرة ما يلي:

«إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة».

يعالج هذا المقتضى الحالة التي لا يوثق فيها عقد الزواج في وقته لأسباب قاهرة، حيث يصح إثبات العقد أمام المحكمة في هذه الحالة استثناء بكافة وسائل الإثبات، بما في ذلك الخبرة[93].

وهكذا، وطبقا لذات المقتضى، يجب أولا إثبات السبب القاهر الذي حال دون توثيق عقد الزواج قبل إثبات العلاقة الزوجية أمام المحكمة التي تصدر في المسألة حكما قضائيا.

ويبدو أن مقتضيات المادة 16 أعلاه لا تنسجم مع المقتضيات المضمنة في قانون الحالة المدنية. فمثلا، فقد نصت المادة 26 من المرسوم التطبيقي للقانون رقم 99-37.

---

93 - وقد كان موضوع إثبات العلاقة الزوجية غير الموثقة من طرف عدلين منتصبين للإشهاد بواسطة حكم قضائي محلا لمنشور صادر عن وزير العدل.

انظر:

- المنشور رقم 50 الصادر بتاريخ 2 فبراير 2005 حول سماع دعوى الزوجية.

«بعد تحرير العدلين رسم الزواج أو ثبوت الزوجية أو التقارر بالزوجية ونظيرين منه، وبعد خطاب القاضي المكلف بالتوثيق عليها، يرسل نظير الرسم في أجل أقصاه خمسة عشر يوما من تاريخ الخطاب إلى ضابط الحالة المدنية الواقع بدائرته ولادة كل من الزوجين»[93].

وسارت المادة 27 من نفس المرسوم في نفس الاتجاه والذي يستفاد منه أن ثبوت الزوجية أو الرجعة أو المراجعة لا تحتاج إلى صدور حكم من المحكمة مع العلم أن الأسبقية لقانون الأسرة الخاص اللاحق على قانون الحالة المدنية.

1 ـ مفهوم السبب القاهر وإثباته:

أ ـ مفهوم السبب القاهر:

إن إثبات عقد الزواج غير الموثق استثناء بواسطة حكم قضائي، يتطلب أولا وقبل أي شيء آخر، إثبات السبب القاهر الذي حال، دون توثيق ذلك العقد بعدم إبرامه أمام العدلين المنتصبين للإشهاد.

ولم يبين المشرع في مدونة الأسرة مفهوم السبب القاهر الواجب اعتماده في هذا الصدد، ربما لأن الأمر يتعلق بوقائع قد تختلف وتتفاير من نزاع لآخر، مع ملاحظة أن المشرع يتحدث عن الأسباب مما يفيد ضمنيا تعددها وتنوعها.

صحيح أن المشرع كان يتحدث في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة عن حالة الاستثناء، وهو يتحدث حاليا عن الأسباب القاهرة، ونعتقد أن الأمر يتعلق بتهذيب في الصياغة وضبطها لا بتغيير في جوهر المفهوم[94]. وهكذا يمكن في نظرنا اعتماد المفهوم الذي سبق أن تبناه القضاء بخصوص حالة الاستثناء في إطار المدونة القديمة، فنقرر أن السبب القاهر هو كل عقبة مادية حالت عمليا دون الإشهاد على عقد الزواج وتوثيقه أمام العدلين المنتصبين للإشهاد[95]، ومن ذلك كل الحالات التي سبق للقضاء المغربي أن اعتبر أنها تتوفر على حالة الاستثناء.[96]

---

94 - وهنا يجب ألا نعتبر السبب القاهر بمثابة القوة القاهرة المنظمة بالفصل 269 من ق.ل.ع والتي تحول دون قيام المسؤولية المدنية سواء كانت عقدية أم تقصيرية والتي تعتمد شروطا صارمة يصعب اعتمادها في مجال إثبات عقد الزواج.

ومن هذه الناحية، يجب اعتبار السبب القاهر مجرد حالة استثناء، بالكيفية التي تعامل بها القضاء المغربي في إطار البند الرابع من الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

95 - راجع المبحث السابق.

96 - ومن هذه الحالات:

ـ التواجد بمنطقة لا عدول فيها سواء داخل المغرب أو خارجه.

وفي هذا الإطار بالذات، نصت المادة 14 من مدونة الأسرة على ما يلي:

« يمكن للمغاربة المقيمين بالخارج، أن يبرموا عقود زواجهم وفقا للإجراءات الإدارية المحلية لبلد إقامتهم، إذا توفر الإيجاب والقبول والأهلية والولي عند الاقتضاء، وانتفت الموانع ولم ينص على إسقاط الصداق، وحضره شاهدان مسلمان، مع مراعاة أحكام المادة 21 بعده»[97].

وهكذا، يمكن أن نعتبر أن المادة 14 من مدونة الأسرة قد قننت حالة خاصة تتعلق بالسبب القاهر، وهو السبب الذي يمنع زوجين مغربيين يوجدان خارج المغرب

ـ وفاة العدل الذي تلقى الإشهاد.

ـ تخلف الإذن بالنسبة لرجال الشرطة أو الدرك.

ـ دخول المرأة إلى المغرب ثم زواجها مباشرة بعد ذلك الدخول دون أن تتوفر لها إمكانية الاطلاع على القانون المغربي.

راجع مختلف القرارات التي أشرنا إليها في المبحث السابق.

ومن القرارات التي صدرت مؤخرا عن المجلس الأعلى والتي اعتمدت نفس تلك القواعد، نذكر:

«... إن محكمة الموضوع أقامت قضاءها على ما اطمأنت إليه من أدلة منتجة في الدعوى ومنها البحث الذي أجرته المحكمة الابتدائية في القضية وعللت قرارها بأن العلاقة الزوجية قائمة بين الطرفين بإقرارهما حسب المستفاد من بينة الزوجة عدد 235 المقامة بطلب منها في 13/1/00 والتي يفيد شهودها بأن الطرفين مرتبطان بعلاقة زوجية منذ عشرين سنة سلفت عن تاريخها بولي معروف هو صهرها عبد السلام مجلم وعلى صداق مسمى قدره 200 درهم قبضته الزوجة وباستمرار هذه العلاقة بدون انفصام إلى الآن، مما يخلص منه أن ركن الرضا بالزوجية ثابت بإرادة الطرفين وشهادة اللفيف الذين بنوا مستند علمهم على المخالطة والمجاورة، مما يعني من جهة أخرى أن النكاح قد اشتهر بين الناس وفشا خبره، مما يكفي لثبوته وإن لم يحصل إشهاد من عدلين وقت انعقاده لأنه ليس بركن في العقد ولا يشترط فيه وإنما هو مندوب كما تقرر لدى شراح ابن عاصم...».

ـ القرار عدد 505 المؤرخ في 9 نونبر 2005 في الملف الشرعي عدد 19/2/1/2004. (قرار غير منشور).

مع ملاحظة أساسية أن هذا القرار لم يشر مطلقا لا لحالة الاستثناء ولا للظرف القاهر.

97 - وهنا يعترف المشرع بصحة الزواج رغم أنه لم يشهد عليه ولم يوثق أمام العدلين المنتصبين للإشهاد بالكيفية المنصوص عليها في مدونة الأسرة.

غير أن هذا الزواج لكي يقبل يجب أن تتوفر له أركانه وشروطه الشرعية بما في ذلك الإشهاد عليه، وهي الأركان والشروط المنصوص عليها في مدونة الأسرة.

وهكذا، نستنتج أن حالة السبب القاهر قد توفرت هنا بنص تشريعي صريح ومن ثمة فهي لا تحتاج إلى إثبات، ولا تخضع بالتالي لمقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة.

ومن تطبيقات المادة 14 من مدونة الأسرة قرار صادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء يتعلق بزواج عرفي ـ أي غير موثق ـ أبرم في مصر بين مغربية وشخص يحمل الجنسية الليبية، حكمت محكمة مصرية بصحته وطلبت الزوجة تذييله بالصيغة التنفيذية بالمغرب، وقد قبل القضاء المغربي تذييل الحكم المصري بالصيغة التنفيذية.

ـ قرار 9 يناير 2008، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 114، ص. 144 وما بعدها.

من إبرام زواجهما بالكيفية المحددة بالمواد من 65 إلى 69 من مدونة الأسرة للأسباب التي سبقت الإشارة إليها، حيث سمح لهما المشرع بإبرام عقد زواجهما وفقا للإجراءات الإدارية المحلية المعتمدة في بلد الإقامة.

ب - إثبات السبب القاهر:

يستفاد من القراءة المتأنية للنص التشريعي أعلاه أن إثبات السبب القاهر مقدمة أولية لقبول دعوى إثبات الزوجية، حيث بعدم إثبات ذلك السبب يجب - مبدئيا ونظريا - التصريح بعدم قبول الدعوى المتعلقة بذلك الإثبات[98].

وفي نظرنا، أنه يجب التعامل هنا مع هذا الإثبات بحذر شديد جدا وبدون تسرع من القضاة، إذ المسألة تتعلق بالأعراض وبالأنساب وبتحديد المحارم، ومن ثمة لا يصح للمحكمة أن تثير انعدام السبب القاهر[99] من تلقاء نفسها، مع استحضار القاعدة المنصوص عليها ضمن المادة 152 من مدونة الأسرة والتي تقضي بأن النسب يثبت استثناء بالظن لاعتبارات سنعود إليها في حينها، وإن كانت دعوى الزوجية تختلف عن دعوى النسب، مع أنها غالبا ما ترتبط بها، بل وتتداخل معها إلى أبعد الحدود[100].

---

98 - قرار المجلس في إطار قانون الأحوال الشخصية الملغى:

«... إذا كان في إمكان الزوجين إحضار العدلين للإشهاد على عقد زواجهما، إلا أنهما عدلا عن ذلك اختياريا منهما، فإنه لا يجوز الحكم بصحة الزواج، لذا كان على المحكمة أن تبرز عناصر هذه الظروف وألا تكتفي بالقول إن ظروفهما لم تسعفهما الشيء الذي كان معه حكمها ناقص التعليل...».

- قرار شرعي صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 18 يونيو 1991، منشور ضمن قرارات غرفة الأحوال الشخصية 1962-1995، ص. 143 وما بعدها.

99 - ونؤكد مرة أخرى أن السبب القاهر لا يرادف القوة القاهرة كما هي محددة في الفصل 269 من ق.ل.ع وإلا طالبنا من يرفع الدعوى تقريبا بمستحيل.

وللوقوف على المفهوم الحقيقي للقوة القاهرة، انظر:

- Radouant , "Du cas fortuit et de la force majeure", thèse, Paris, 1935.

- Courteaud, "La notion de force majeure en matière de responsabilité", thèse, Grenoble, 1935.

- Mabrouk, "La force majeure et le cas fortuit", thèse, Paris, 1999.

- محمد الكشبور، نظام التعاقد ونظريتا القوة القاهرة والظروف الطارئة، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 1993.

100 - مع العلم أن دعوى إثبات الزوجية هي غير دعوى إثبات النسب، إلا أنه غالبا ما يكون هنالك ترابط بينهما، وهو ما يستفاد من الفقرة الثالثة من المادة 16 من مدونة الأسرة.

ويبقى السبب القاهر مسألة موضوعية يندرج استخلاصها في إطار السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع، أي قسم قضاء الأسرة بالمحكمة الابتدائية ومحكمة الاستئناف، والتي لا تخضع هنا لرقابة المجلس الأعلى إلا على مستوى التعليل الذي يجب أن يكون منضبطا.

ورغم ذلك، فكثيرة هي الأحكام التي تتساهل بشأن السبب القاهر، بل ومنها ما يتغاضى عنه جمله وتفصيلا.

وفي قضية حديثة عرضت على المجلس الأعلى مؤخرا، أعاب الطاعن أمامه على محكمة الموضوع عدم ذكرها للسبب القاهر، وقد اكتفى ذلك المجلس في ردّه باعتبار كتابة العقد مجرد وسيلة لإثبات تحققه وليست ركنا يتوقف عليه وجوده[101].

ولقد أكد هذا التوجه قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء جاء فيه:

«... إن عقد الزواج من الناحية الشرعية هو عقد رضائي وليس من العقود الشكلية التي تستلزم التوثيق لإضفاء صفة الشرعية عليها أو لصحتها أو لنفاذها. والشهادة على عقد الزواج مقررة لإعلانه وإثباته في وقت واحد. واختلف الفقه في زمان وجوبها فذهب الجمهور إلى مطلوبها حين العقد، ولا يرى المالكية لزومها إلا عند الدخول. والإشهاد على الزواج إن حصل يكون كافيا لإعلانه، وهو أقوى أثرا من شرط توثيقه في محرر رسمي، لأن عدم إفراغه في هذا القالب لا يترتب عليه أي بطلان لعقد الزواج، ولا يزال وجوده الواقعي ولا يؤثر في نشأته وصحته. وحضور الشاهدين هو جوهر الإشهاد المطلوب في عقد الزواج وتوثيقه في عقد رسمي هو اجتهاد فقهي معاصر اقتضاه فساد الزمان وخطورة هذا العقد، لكنه (التوثيق) لا يعتبر ركنا في عقد الزواج الشرعي، ولا شرطا من شروط صحته.

وأفاد هذا المعنى قرار المجلس الأعلى رقم 505 الصادر بتاريخ 2005/11/19 في الملف الشرعي رقم 2004/1/2/319 والذي ورد فيه بأن: «النكاح إذا اشتهر بين الناس وفشا خبره، فإن ذلك يكفي لثبوته وإن لم يحصل إشهاد من عدلين في وقت انعقاده لأنه - الإشهاد - ليس بركن في العقد ولا شرط وإنما وجوده مندوب، كما تقرر لدى شرّاح ابن عاصم عند قوله:

---

101 - قرار شرعي صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 13 شتنبر 2006، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 66، ص. 128 وما بعدها.

وفي الدخول الحتم في الإشهاد   وهو مكمل له في الانعقاد...[102]

وخلافا لقرار المجلس الأعلى الصادر في 13 شتنبر 2006 والذي غض الطرف عن السبب القاهر، جاء في قرار جد حديث:

«... إن المادة 16 من مدونة الأسرة نصّت على أنه إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة والطاعن صرّح في جلسة البحث المنعقدة بتاريخ 19 دجنبر 2006 بأنه كان فعلا يعاشر المطلوبة وكان يريد الزواج منها إلى أن تبيّن له أنها لا تصلح له وامتنع عن الزواج بها ونفى حملها منه والمحكمة لما لم تبين في قرارها الأسباب القاهرة التي حالت دون توثيق الزواج، كما تنص على ذلك المادة 16 من مدونة الأسرة تكون قد بنت قضاءها على غير أساس...»[103].

2 ـ وسائل إثبات العلاقة الزوجية في إطار المادة 16 من مدونة الأسرة:

بخلاف مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، التي كانت تقرر أنه يمكن استثناء إثبات العلاقة الزوجية عن طريق البينة الشرعية، والتي كانت في عرف القضاء المغربي مرادفة للفيف، ففي مدونة الأسرة ـ وطبقا للفقرة الثانية من المادة 16 نقرأ ما نصه:

«...تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة».

وهكذا، وطبقا لعمومية هذا المقتضى التشريعي، يمكن إثبات العلاقة الزوجية التي لم توثق أمام القضاء المغربي بكافة وسائل الإثبات الممكنة، سواء الشرعية منها أو الوضعية، بالكيفية الآتي بيانها.

أ ـ وسائل الإثبات الشرعية:

تتمثل هذه الوسائل الشرعية في الشهادة وفي اللفيف بكل مضامينه، سواء

102 - قرار صادر بتاريخ 19 يناير 2008، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العدد 114، ص. 144 وما بعدها.

103 - قرار شرعي بتاريخ 4 يناير 2011، منشور بالمجلة المغربية للدراسات القانونية والقضائية، العدد 6، ص. 258 و259.

تضمن شهادة علمية أو بينة سماع أو تقارر متبادل بين الزوجين[104] أو بظهور الزوجين وتصرفهم أمام الناس بمظهر الأزواج أو بحضور هؤلاء الناس وليمة النكاح[105].

ب ـ وسائل الإثبات المضمنة في قانون الالتزامات والعقود:

هذه الوسائل هي عموما تلك المنصوص عليها ضمن الفصل 404 من ق.ل.ع

وقد جاء فيه:

«وسائل الإثبات التي يقررها القانون هي:

1 ـ إقرار الخصم[106].

2 ـ الحجة الكتابية.

3 ـ شهادة الشهود[107].

104 - انظر حول هذه المضامين:

ـ المرحوم عمر بن عبد الكريم الجيدي: العرف والعمل في المذهب المالكي، م.س، ص 495 وما بعدها.

105 - وهو المقصود من قول الشيخ خليل:

«إنا تنازعا في الزوجية ثبتت ببينة ولو بالسماع بالدف والدخان...».

وتم شرح بالدف والدخان بطعام الوليمة.

وانظر بشأن موقف الفقهاء من مسألة التقارر بالزوجية:

ـ البرزلي: النوازل، الجزء الثاني، م.س، ص. 378 وما يليها.

ـ الآبي الأزهري: م.س، الجزء الأول، ص. 322.

106 - والإقرار بالزوجية يجب ألا يتم في مرض الموت.

انظر في هذا الصدد:

ـ المهدي الوزاني: م.س، الجزء الثالث، ص. 152.

ومن أجل الاستئناس، نورد القرار الصادر عن محكمة النقض المصرية وقد جاء فيه:

«الإقرار شرعا هو إخبار الإنسان عن ثبوت حق لغيره على نفسه، والسكوت في بعض المواقع يجعل الساكت مقرا بالحق بسكوته عنه كما يجعل المتكلم مقرا بالحق بكلامه وإن خالف القاعدة الفقهية القائلة «لا ينسب إلى ساكت قول»، ومن بينها لو هنأ الناس الزوج بزواجه فسكت لزمه الزواج وليس له نفيه بعد أن أقر به. لما كان ذلك فإن ما خلص إليه الحكم من إقرار ضمني صدر من المتوفى بحصول زواجه من المطعون عليها... في سنة 1967 استقاه من مصاحبته لها إلى مجمع البحوث الإسلامية وتقريرها ذلك في مواجهته وقبوله ليس فيه ما يعاب...».

ـ نقض فاتح مارس 197س8 طعن 27 س 45 ق. أشار إليه أبو طلبه، مرجع سابق، ص. 221.

107 - ورغم ذلك، فتبقى شهادة الشهود أهم وسيلة تعتمد في هذا الإطار، إذ جاء مثلا في قرار للمجلس الأعلى:

«...إنه طبقا لمقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة، فإن المحكمة تعتمد في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات، والثابت من أوراق الملف أن المحكمة الابتدائية استمعت إلى 14 شاهدا أكدوا جميعا بأن الطرفين

4- القرينة

5- اليمين والنكول عنها».

وفي الحقيقة، فإن مختلف هذه الوسائل لا تتناقض مطلقا مع السائد في الفقه الإسلامي، وأن قوتها تختلف حسب ظروف كل نزاع على حدة[108]، وأن احترام حقوق الدفاع تقتضي أن يفسح المجال أمام الطرف الآخر لتفنيدها إن بدا له ذلك، وللمحكمة الكلمة الفصل في نهاية المطاف، لأنها هي التي توازن بين حجج الطرفين بتعليل يجب أن يكون مقنعا ومنضبطا. وفي هذا الصدد، جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«... إن ثبوت الزواج أو عدم ثبوته خاضع لتقدير محكمة الموضوع على أن تبني ذلك على أسباب سائغة ومن ثم فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتمدت في قضائها على إقرار الطاعن الصريح بزواجه بالمطلوبة في النقض، حسب ما جاء في مذكرته المدلى بها ابتدائيا في جلسة 23 أكتوبر 2000 وكذا على البينة المقدمة من طرفها وعلى البحث الذي قامت به مع الشهود واستخلصت من كل ذلك وجود علاقة زواج شرعية بين الطرفين نتج عنها ولادة البنت وجدان ومن ثم فإن المحكمة لم تعتمد على الإقرار وحده وإنما اعتمدت كذلك على الوثائق المدلى بها والبحث الذي قامت به...»[109].

متزوجان منذ أربعين سنة وليس لهما أولاد، وكانا يعيشان بالبادية في منزل الطاعن، وأضاف الشاهد الرابع أيضا أن الطرفين أقاما حفل الزفاف، وأن الطاعن لم يطلب إعادة الاستماع إلى الشهود المذكورين خلال المرحلة الاستئنافية ولم يأت بما يدحض شهادتهم، والمحكمة قضت بثبوت الزوجية بينه وبين المطلوبة بناء على شهادة الشهود الذين شهدوا بأن الزواج تم بين الطرفين منذ 40 سنة، وأنهما منذ ذلك التاريخ وهما يعيشان بمنزل الزوج، وتعذر عليهما إبرام عقد الزواج في حينه بسبب ظروفهما الخاصة التي جعلتهما يعيشان ظروفا قاهرة حالت دون توثيق العقد في حينه، تكون قد طبقت المادة 16 من مدونة الأسرة تطبيقا سليما».

- قرار شرعي رقم 269 مؤرخ في 14 ماي 2008 في الملف الشرعي عدد 2007/1/2/19 (غير منشور).

108 - وحول الرقابة التي يمارسها المجلس الأعلى على هذه الأوضاع، انظر:

- محمد الكشبور، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، م.س، ص. 264 وما بعدها.

أما بشأن احترام حقوق الدفاع، فراجع:

– S. Guinchard et autres, "Droit et pratique de la procédure civile", Delta, Dalloz, 1998,p. 1009 et suiv.

–J. Héron, "Droit judiciaire privé", éd. Montchrestien, Paris, 1991, n° 236 et suiv.

109 - قرار شرعي صادر بتاريخ 14 ماي 2008، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 71، ص. 162 وما بعدها.

وفي نفس الاتجاه، جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«لما استمعت المحكمة في جلسة البحث إلى سبعة شهود، دون النصاب الشرعي للشهادة مع تعزيز شهادتهم بالصور الفوتوغرافية للطرفين في حفل زفافهما رهما في غرفة النوم وإقرار الطالب بأن تلك الصور تتعلق به كل ذلك يعد دليلا على توفر الرضا، إضافة إلى وجود طفل ناتج عن تلك العلاقة وانتهت إلى القول بثبوت الزوجية تكون غير خارقة للفصل 16 من مدونة الأسرة...».

ورغم ذلك، فقد جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى:

«... لئن كانت المادة 16 من مدونة الأسرة أجازت بصفة انتقالية سماع دعوى الزوجية وإثباتها بجميع وسائل الإثبات ومنها شهادة الشهود، فإنه يجب أن تتوفر الشهادة على النصاب الشرعي المتمثل في شاهدين عدلين أو ما يعادلهما من لفيف يتكون من اثني عشر شاهدا، كما هو مقرر في المشهور من المذهب المالكي، والمحكمة لما استندت في إثبات العلاقة الزوجية بين الطرفين على مجرد تصريحات ثلاثة شهود غير عدول تكون قد خرقت القواعد الفقهية المقررة وعرضت قرارها للنقض...»[110].

ونعتقد أن هذا القرار الذي يتطلب لإثبات العلاقة الزوجية شاهدي عدل أو لفيف طبقا للمشهور في المذهب المالكي يتناقض وإرادة المشرع المعبر عنها بواسطة المادة 16 **والتي تسمح بإثبات تلك العلاقة بجميع وسائل الإثبات المتاحة، بما في ذلك شهادة الشهود.**

ففي نظرنا، فإن القرار أعلاه، قد انطلق من المادة 16 من مدونة الأسرة ولكنه في الحقيقة طبق الفقرة الأخيرة من الفصل الخامس من مدونة الأحوال الشخصية التي تقصر إثبات الزواج غير الموثق على البينة الشرعية، وهو من ثمة حرف الإرادة الصريحة للمشرع.

ج- وسائل الإثبات المضمنة في قانون المسطرة المدنية:

يتعلق الأمر هنا بإجراءات التحقيق المنظمة بواسطة الفصول من 55 إلى 102 من ق.م.م. فحسب الفصل 55 من هذا القانون:

«يمكن للقاضي بناء على طلب الأطراف أو أحدهم أو تلقائيا أن يأمر قبل البت في جوهر الدعوى بإجراء خبرة أو وقوف على عين المكان أو بحث أو تحقيق خطوط أو أي إجراء آخر من إجراءات التحقيق.

يمكن لممثل النيابة العامة أن يحضر في كل إجراءات التحقيق التي أمرت بها المحكمة».

صحيح أن المشرع أشار في المادة 16 إلى الخبرة، وهي إشارة إنما وردت في نظرنا على سبيل المثال فقط، ومؤيدنا في ذلك أن المشرع تحدث قبلها عن سائر وسائل الإثبات، دون أي تحديد أو تقييد.

- قرار شرعي، عدد 275 بتاريخ 16 ماي 2007، ملف ع. 2006/1/2/682.

110 - قرار المجلس الأعلى صادر عن الغرفة الشرعية في 19 يوليوز 2006، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 66، ص. 122 وما بعدها.

والحقيقة أن إثبات العلاقة الزوجية عن طريق الخبرة بمفهومها الفني مسألة محل نظر[111]، اللهم إذا ما تعلق الأمر بإثبات الرابطة البيولوجية بين المدعى عليه والأطفال الذين تدعي المدعية أنها ولدتهم على فراشه، وهذه دعوى نسب لا دعوى ثبوت زوجية، حيث نكون أمام قرينة قد تساعد على إثبات تلك العلاقة الزوجية بكيفية غير مباشرة.

ولعل الوسيلة الإجرائية التي تنسجم مع هذا النوع من النزاعات تتمثل في الأبحاث التي يجريها القاضي في مكتبه.

3 ـ موضوع الإثبـات:

يتعلق موضوع الإثبات بوجود علاقة زوجية غير موثقة، يؤطرها عقد للزواج بكل مقوماته، أي أركانه وشروط صحته.

وعليه، فعلى من يدعي وجود هذه العلاقة أن يثبت أنه قد احترمت أركانها وشروط صحتها بالكيفية المنصوص عليها ـ مبدئيا ـ في المواد من 10 إلى 13 من مدونة الأسرة[112].

---

111 - تنص الفقرة الثانية من المادة 59 من ق.م.م على ما يلي:

«يحدد القاضي النقط التي تجري الخبرة فيها على أساس أن تكون تقنية لا علاقة لها بالقانون».

والزواج ليس بمسألة فنية تتطلب تدخل الخبرة لاستجلائها، وإنما هو عقد ذو طبيعة قانونية وشرعية.

وانظر حول موضوع الخبرة:

ـ محمد الكشبور، الخبرة القضائية في قانون المسطرة المدنية، دراسة مقارنة، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، سنة 2000، ص 12 وما بعدها.

ـ عبد السلام بوهوش، الخبرة القضائية في المادة المدنية، دكتوراه في القانون الخاص، وحدة القانون المدني، كلية الحقوق بالدار البيضاء، 2008–2009، ص. 62 وما بعدها.

ـ علي الحديدي، الخبرة في المسائل المدنية والتجارية، دار النهضة العربية بالمنصورة، 1993، ص101 وما بعدها.

ـ محمود جمال الدين زكي، الخبرة في المواد المدنية والتجارية، مطبعة جامعة القاهرة، 1990، ص9 وما بعدها.

112 - ومن باب الاستئناس، نأتي بقرار صادر عن المجلس الأعلى في إطار مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وقد جاء فيه ما يلي:

«قال العلامة بناني: واعلم أن بينة السماع لابد أن تكون مفصلة كبينة القطع بأن تقول سمي لها كذا، وأجل كذا، وعقد وليها فلان، ولا يكفي الإجمال لأن عقد النكاح لا يتم إلا بذكر جميع أركانه...».

ـ قرار صادر بتاريخ 28 يناير 1986، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد المزدوج 42 و43، ص 159 وما بعدها.

وفي نفس الاتجاه، انظر:

على أن من أبرز المشاكل التي قد تثار في هذا الصدد، تتمثل في الجواب عن السؤال الآتي: هل الإثبات ينصب على توافر شروط صحة الزواج، كما حددتها مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، أم كما هي محددة حاليا في مدونة الأسرة، حيث لم يعد عنصر الولاية شرط صحة في الزواج، وأن السكوت عن الصداق قرينة على وجوده، ويجعلنا بالتالي أمام زواج تفويض.

نعتقد أن حفظ مؤسسة الزواج وما يترتب عليها من آثار، يقتضي التساهل في الإثبات، ومن ثم يكفي اعتماد ما تقرره مدونة الأسرة من شروط في هذا الصدد، وأن اعتماد ما سبق أن قررته مدونة الأحوال الشخصية الملغاة يصح من باب أولى وأحرى[113].

بقيت الإشارة إلى أن قسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية بالدار البيضاء قد درج على رفض كل طلب لمن يدعي أنه أحبل امرأة في علاقة فساد وهو يريد تصحيح خطئه عن طريق إثبات الزواج[114]، وهو قضاء سليم نباركه لأنه يساير النصوص الشرعية والتشريعية على حد سواء، فالمادة 16 لا تعنى إضفاء الشرعية على الزنا، وإنما تعني إثبات زواج صحيح لم يوثق أمام العدلين المنتصبين للإشهاد.

4 ـ الترجيح بوجود أطفال أو حمل ورفع الدعوى في حياة الزوجين:

يجب الانطلاق هنا من فرضيتين:

أ ـ فرضية عدم وجود أطفال أو حمل بين المتنازعين، وفي هذه الحالة، فإن الحكم بانتفاء الرابطة الزوجية بين الطرفين لا يكون له أثر كبير بالنسبة لهما، حيث يمكنهما في هذه الحالة إبرام زواج جديد بالكيفية التي نظمتها مدونة الأسرة، إن كانا يرغبان فعلا في ذلك. أما ما تم فيما قبل فأمره موكول إلى الله الذي يعلم الجهر وما أخفى.

ـ قرار المجلس الأعلى، عدد 71، الصادر في 18 أبريل 1975، في الملف تحت رقم 43879 (قرار غير منشور).

113 - مع العلم أن المشرع نفسه قد تساهل في هذا الإثبات كثيرا عندما استبدل عبارة البينة الشرعية بعبارة بجميع وسائل الإثبات وكذلك الخبرة، وهو ما لم ينتبه إليه المجلس الأعلى من خلال قراره الصادر في 19 يوليوز 2006 والمنشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 66، ص. 122 وما بعدها.

114 - حكم رقم 1682 بتاريخ 11 أبريل 2007 في الملف عدد 2007/33/723، غير منشور.

ـ حكم رقم 1695 بتاريخ 11 أبريل 2007، في الملف عدد 2007/33/911، غير منشور.

ب - فرضية وجود أطفال أو حمل وأن الدعوى رفعت في حياة الزوجين، حيث نصت الفقرة الثالثة من المادة 16 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«تأخذ المحكمة بعين الاعتبار وهي تنظر في دعوى الزوجية وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين».

ونستنتج ضمنيا من هذا المقتضى أن المشرع يهدف إلى ترجيح جانب المرأة التي ترفع دعوى إثبات العلاقة الزوجية، مع وجود أطفال أو حمل من تلك العلاقة يجب على القضاء حفظ نسبهم، وهنا نستحضر مرة ثانية المادة 152 من مدونة الأسرة التي تسمح بإثبات النسب بالظن، والقاعدة الشرعية التي تجعل المشرع متشوف للحوق الأنساب.

والدعوى التي ترفع في حياة الزوجين ترجح على الدعوى التي ترفع من أحدهما بعد وفاة الآخر، حيث غالبا ما تبنى هذه الدعوى الأخيرة على اعتبارات مالية كالطمع في الإرث مثلا.

ورغم ذلك، فنحن مع التريث وإعمال النصوص القانونية بالدقة المطلوبة، أما الترجيح فيجب أن يكون له مؤيد، ومن ذلك وجود بداية حجة أو قرينة أو حجج غير متضاربة[115]، وكل ذلك يحتاج إلى تعليل منضبط[116].

---

115 - انظر حول الترجيح بين الحجج:

- ابن فرحون، م.س، الجزء الأول، ص 241 وما بعدها .

- محمد القدوري، موسوعة قواعد الفقه والتوثيق، مستخرجة من حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2004، ص 255 وما بعدها.

116 - جاء في قرار للمجلس الأعلى يتعلق بإثبات النسب:

«... لكن إذا كان تقدير الأدلة وتقييمها يرجع للمحكمة، فإن ذلك منوط بأن تبرر ما انتهت إليه بأسباب سائغة، والمحكمة لما علت اقتناعها بثبوت نسب الولد خ.ع إلى المطلوب في النقض بسند من القول بأنه مسجل بدفتر الحالة المدنية لوالده بنفس الاسم العائلي وانطلاقا من الحجج المدلى بها من طرف المستأنف عليه دون أن تبين في قرارها تلك الحجج وما استخلصته منها والحال أن الولد المطلوب إثبات نسبه مزداد في تاريخ لاحق عن ميلاد الولد الذي يدعي الطالبان نسبه، تكون قد جعلت بذلك قضاءها مشوبا بالقصور...».

- قرار صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2 ماي 2002 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 62، ص 102 وما بعدها.

وتأكيدا لذلك، جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«... المدعية أدلت بموجب مراجعة يشهد شهوده بأنها لا زالت زوجة للمستأنف بعد مراجعتها وأن المشرع أجاز حالة الاستثناء سيما وأن للطرفين بنتين...».

- قرار شرعي صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 14 شتمبر 2005، منشور بمجلة المناهج، العدد المزدوج 9 و10،

ومن الناحية القانونية، ليس هنالك ما يمنع القضاء من الاستعانة هنا بالخبرة الجينية.

5 - وجوب إصدار حكم يعترف بوجود الرابطة الزوجية:

رأينا فيما سبق بيانه أن إثبات عقد الزواج يتم بوثيقة عدلية أو بحكم صادر عن القضاء المختص، بالشكل المنصوص عليه ضمن مقتضيات المادة 16 من مدونة الأسرة.

وترفع دعوى إثبات العلاقة الزوجية في إطار القواعد العامة المضمنة في قانون المسطرة المدنية، سواء من جانب الطرفين معا[117]، أو من أحدهما، أو من طرف النيابة العامة[118] متى اقتضت المصلحة ذلك[119]، وهنا يجب احترام قواعد الاختصاص المكاني والنوعي وقواعد تقييد الدعوى وقواعد التبليغات والقواعد الخاصة بالجلسات وبالأحكام، بالكيفية المنصوص عليها - مبدئيا - في قانون المسطرة المدنية.

والحكم الصادر في الدعوى الخاصة بإثبات العلاقة الزوجية قد يتخذ عدة صور، لا تخرج عن أربع هي:

أ - حكم برد الدعوى شكلا، ومن ذلك مثلا أن ترفع الدعوى أمام جهة غير مختصة بنظرها، أو تنقصها البيانات الخاصة بالمدعى عليه والتي يجب أن تضمن في مقال الدعوى.

ب - حكم بعدم قبول الدعوى لعدم الإدلاء بوسائل الإثبات المتطلبة من أجل تسنيد الحكم.

ج - حكم برفض الدعوى من أساسها، ومن ذلك اعتراف الطرفين بأنهما كانا

ص 207 وما بعدها.

117 - ونقصد الحالة التي يتفق فيها الطرفان على الالتجاء إلى القضاء للإشهاد على تقاررهما بوجود العلاقة الزوجية.

وهذا وضع لا نعتقد أنه يثير أي إشكال، وأنه يفهم ضمنيا من سياق ودلالة المادة 16 التي نحن بصددها.

- ويفترض في هذه الحالة أن أحد الزوجين يقاضي الآخر، وغالبا ما تكون الزوجة التي غالبا ما تكون صاحبة المصلحة الكبرى في هذه الدعوى، وخاصة عندما يكون لها أولاد.

118 - راجع المادة 3 من مدونة الأسرة والتي تعطي هذا الحق للنيابة العامة.

119 - ومن ذلك أن يوجد بين زوجين أولاد ويرفضان معا رفع دعوى بإثبات العلاقة الزوجية.

في حالة علاقة فساد وأنهما يريدان إضفاء الشرعية على علاقتهما هذه لوجود حمل بينهما مثلا.

د - حكم بوجود الرابطة الزوجية بين طرفي الدعوى[120]، بعد التأكد فعلا من وجودها، رغم عدم الإشهاد عليها وتوثيقها أمام الجهة المختصة قانونا، أي أمام العدلين المنتصبين للإشهاد.

ومن البديهي أن هذا الحكم الأخير يمكن أن يكون مشمولا بالنفاذ المعجل تطبيقا للفصل 147 من ق.م.م[121]. وهو يقبل أن يكون محلا لكل طرق الطعن العادية أو غير العادية متى توفرت شروطها القانونية، مادام أن المشرع لم يقرر خلاف ذلك بنص صريح، كما فعل بالنسبة لإنهاء الرابطة الزوجية عن طريق التطليق مثلا[122].

بقيت الإشارة هنا إلى أن الحكم القضائي الصادر بثبوت العلاقة الزوجية هو حجة قاطعة على الكافة، لا يمكن التمسك في مواجهته بنسبية آثار الأحكام القضائية[123]، وهو لا يحتاج مطلقا إلى الإشهاد عليه بعد صدوره بواسطة العدلين المنتصبين للإشهاد.

6 - سماع دعوى الزوجية بحكم قضائي محددة في الزمن:

إن سماع دعوى الزوجية من طرف القضاء، وإصدار حكم بشأنها، مسألة تحمل طابع التأقيت، حيث نصت الفقرة الأخيرة من المادة 16 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى خمس سنوات، ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ»[124].

120 - راجع حول مفهوم هذه الأحكام الأربعة المصنفات الخاصة بالدعوى وبالأحكام.

121 - جاء في الفقرة الثانية من الفصل 147 من قانون المسطرة المدنية:

«يجوز دائما الأمر بالتنفيذ المعجل بكفالة أو غيرها حسب ظروف القضية التي يجب توضيحها...».

ورغم ذلك فنحن أمام حكم تقريري لا يحتاج إلى تنفيذ كقاعدة وإن كان من المتصور أن تحصل الزوجة على سند لترفع بواسطته دعوى النفقة أو دعوى رامية إلى تسجيل الأولاد في سجل الحالة المدنية.

122 - الفقرة الأولى من المادة 128 من مدونة الأسرة.

123 - أحمد نشأت، رسالة الإثبات، المجلد الثاني، (مكان الطبع وتاريخه غير مذكورين)، بند 700.

- محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي: مفهومه - تقسيماته - اصداره، مضمونه، آثاره، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2001، بند 385.

124 - ويعد هذا المقتضى من ضمن الأحكام الجديدة التي جاءت بها مدونة الأسرة.

وقد دخل قانون الأسرة إلى حيز التنفيذ يوم 5 فبراير 2004، ومن ثمة سوف يتوقف العمل بالمقتضى أعلاه عشية يوم 4 فبراير 2009، ما لم يتدخل المشرع مستقبلا ويقرر خلاف ذلك.

وقد عدل المشرع المدة المنصوص عليها في المادة 16 أعلاه بالقانون رقم 09-08 عن طريق إضافة خمس سنوات أخرى[125] لتصير المدة عشر سنوات.

وعلى ما يقوم لدينا من اعتقاد، فإن هذا الأجل القصير يجب أن يعاد فيه النظر لأسباب عديدة، من أبرزها:

أ- إن من شأن إلغاء قاعدة إثبات عقد الزواج عن طريق أحكام تصدر عن المحاكم أن يحول كتابة ذلك العقد بواسطة العدلين المنتصبين للإشهاد إلى شرط صحة فيه لا إلى وسيلة لإثباته[126]، والحال أن الفقرة الأولى من المادة 16 من مدونة الأسرة تشير إلى الإثبات لا لأي شيء آخر.

ب - إن من شأن إلغاء قاعدة إثبات عقد الزواج عن طريق أحكام تصدر عن المحاكم أن يخلق تنافرا بين مدونة الأسرة والفقه الإسلامي الذي لا يقصر ذلك الإثبات على الكتابة وحدها دون غيرها[127].

ج - هناك أقلية من المغاربة تفضل - لاعتبارات لا مجال للخوض فيها - الزواج على الطريقة الشرعية المحضة والمعتبرة فقها، بعيدا عن الإجراءات الإدارية المنصوص عليها ضمن المواد 65 إلى 69 من مدونة الأسرة، ولا يجب أن يعتبر ذلك الزواج صحيحا

125 - القانون رقم 09-08 تعدل بموجبه المادة 16 من القانون رقم 03-70 بمثابة مدونة الأسرة والتي صيغت على الوجه الآتي:

«المادة 16 (الفقرة الرابعة):

- يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى عشر سنوات ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ».

- ظهير شريف رقم 1.10.103 صادر في 3 شعبان 1431 الموافق 16 يوليو 2010 بتنفيذ القانون 09-08 أعلاه.

- ج.ر. عدد 5859 الصادرة في 13 شعبان 1431 الموافق 26 يوليو 2010، ص. 3837.

126 - ودليلنا أن الإقرار بالعقد وتوجيه اليمين الحاسمة يغنيان عن الكتابة من الناحية القانونية.

127 - وقد سبقت الإشارة إلى أن كتابة عقد الزواج مسألة إجرائية اقتضتها مصالح الناس حديثا ومن ثمة فهي ليست بركن وليست بشرط، وهو ما سبق للمجلس الأعلى أن قرره في طعن عرض عليه، انظر في هذا الصدد:

- قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 7 يونيو 1994، منشور بمجلة المحامي، العدد المزدوج 25 و26، ص 238 وما بعدها.

أمام الله باطلا أمام القانون، ذلك أن هذه المخالفة القانونية يجب ألا تكون على حساب الأنساب والأعراض التي يجب العمل على حفظها، وهو المستفاد من الفقرة الثانية من المادة 16 السالفة.

بقيت الإشارة إلى أن من سبق لهم أن تزوجوا في إطار مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، ولم يوثقوا زواجهم أمام العدول، ولكنهم أنجزوا فيما بعد ذلك رسوما عدلية تثبت زواجهم قبل دخول مدونة الأسرة إلى حيز التنفيذ، لا يمكن أن يفرض عليهم الخضوع للمسطرة المضمنة في هذه المدونة الأخيرة، حيث يستفيدون من مبدأ عدم رجعية القوانين، وهو مبدأ دستوري في جل القوانين المقارنة[128].

ثالثا- التحايل على القانون بهدف التعدد:

قد يكون الرجل متزوجا بامرأة ما ويريد الزواج من امرأة ثانية، وربما ثالثة، وحتى يتهرب من مختلف الإجراءات القضائية المعقدة التي فرضها المشرع بشأن التعدد والتي ترمي أساسا إلى التضييق منه ما أمكن[129]، يخفي زواجه الأول ويطلب إثبات زواجه الثاني عن طريق إعمال مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 16 من مدونة الأسرة.

مبدئيا- وحسب جانب من القضاء- يجب أن يعامل هذا الشخص بنقيض قصده، جاء مثلا في حكم صادر عن قسم قضاء الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية بمراكش:

«حيث إن المعول عليه في النازلة هو تحديد المفهوم الحقيقي والدقيق للأسباب القاهرة، فهي تعني الأسباب المادية ولا ينصرف مدلولها للأسباب والموانع القانونية التي تحول دون العقد على الزوجة، بمعنى أنه يجب أن يكون المانع الذي حال دون توثيق عقد الزواج هو مانع واقعي، أما إذا تعلق الأمر بمانع قانوني حظر المشرع بمقتضاه أو علقه على استيفاء شكلية معينة، فإنه يجب احترام هذه الشكلية.

وحيث إنه في النازلة فإن الطرفين لم ينجبا أبناء وليست طالبة صحة الزوجية حاملا حتى يتشفع لها ذلك في تبرير تحايلها على النص القانوني، ومادام الأمر كذلك، فإنه يجب ملاحظة أن طالب صحة الزوجية متزوج بامرأة أخرى وكل ما منعه من توثيق

---

128 - الفقرة الأخيرة من الفصل السادس من الدستور.

129 - انظر المواد من 40 إلى 46 من مدونة الأسرة، وقد سبق تحليلهما بما فيه الكفاية.

عقد الزواج هو رغبته في عدم اللجوء لمسطرة التعدد، ومن ثم يعامل بنقيض القصد ويكون كل ذلك مبررا لرفض الطلب»[130].

ونحن نعي جيدا أنه لو كان هنالك أطفال أو حمل لتغير موقف المحكمة على ما يتضح من الحيثية الثانية للحكم، بل ومن الفقرة الثالثة للمادة 16 من مدونة الأسرة[131].

ورغم ذلك، فيبقى هذا الحل غير منطقي دائما إذ قد تكون العلاقة الزوجية صحيحة شرعية، وإن كان عقد الزواج غير موثق- والشريعة الإسلامية لم تشترط توثيق عقد الزواج -، فينفيها القضاء، ومن ثمة يحولها عمليا إلى علاقة غير شرعية.

رابعا- هل يمكن تمديد حالة المادة 16 إلى الطلاق والرجعة والمراجعة التي لم توثق:

قرر المشرع من خلال الفقرة الثانية من الفصل 16 أنه :

متى «**حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة**».

والسؤال الذي نود طرحه هو كالآتي: هل يمكن تمديد هذا المقتضى إلى إثبات الطلاق أو الرجعة أو المراجعة التي وقعت دون الإشهاد عليها بالطرق التي حددها المشرع؟

تأتي مشروعية هذا السؤال من كون المجلس الأعلى قد قبل، في إطار مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، إثبات تلك التصرفات بالبينة الشرعية اعتمادا على حالة الاستثناء التي تم النص عليها ضمن الفقرة الرابعة من الفصل الخامس من تلك المدونة[132].

---

130 - حكم عدد 841 صادر بتاريخ 24 مارس 2005 في الملف عدد 421/8/2005 (حكم غير منشور).

131 - وهو ما يستفاد من عبارة « وحيث إنه في النازلة، فإن الطرفين لم ينجبا أبناء وليست طالبة صحة الزوجية حاملا حتى يشفع لها ذلك في تبرير تحايلها على النص...» والمضمنة في حكم قسم الأسرة التابع للمحكمة الابتدائية بمراكش والصادر في 24 مارس 2005.

132 - فمثلا فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى أنه إذا لم تتم الرجعة بواسطة عدلين منتصبين للإشهاد، فيمكن اعتماد البينة الشرعية لإثباتها شريطة تعليل حالة الاستثناء.

- قرار صادر في 16 مارس 1977، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 127، ص 152 وما بعدها.

ونعتقد أن مدونة الأسرة الحالية لا تحتمل ذلك التأويل للإشراف القضائي الصارم على التصرفات المعنية.

ورغم ذلك، فإن المجلس الأعلى - وبعد دخول مدونة الأسرة إلى حيز التنفيذ - قد سمح بإثبات المراجعة عن طريق شهادة شهود مضمنة في رسم لفيفي، جاء في هذا القرار:

«... لكن، ردا على ما جاء في السبب الوحيد المستدل به للنقض فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه قدرت مختلف الوثائق المعروضة عليها والبحث الذي قامت به المحكمة الابتدائية وثبت لها أن الطاعن قد راجع زوجته المطلوبة في النقض من الطلاق الخلعي وأنجبا أثناء مراجعتهما الولدين شيماء ومحمد موضحة في تعليل قرارها بأن المدعية أدلت بموجب مراجعة يشهد شهوده بأنها لازالت زوجة للمستأنف بعد مراجعتها وأن المشرع أجاز حالة الاستثناء سيما أن للطرفين بنتين وأنه تم الاستماع ابتدائيا إلى بعض شهود اللفيف فأكدوا قيام العلاقة الزوجية ونسب البنتين لوالدهما، كما أنه لا يوجد أي تناقض في أقوال المدعية بعدما أدلت بمقال إصلاحي أكدت من خلاله بأنها لا زالت زوجة للمدعى عليه وأن إدلاءها بالمقال الإصلاحي ترتب عنه بالضرورة تعديل المقال الافتتاحي وبذلك تكون المحكمة قد أجابت الطاعن عما أثاره من دفوع، فجاء قرارها معللا تعليلا كافيا...»[133].

وقد أكد المجلس الأعلى موقفه هذا من خلال قرار صادر عن نفس المجلس بتاريخ 28 نوفمبر 2007[134].

ونحن نؤيد هذا المنحى ما دام أنه يحفظ على الزوجين زواجهما وعلى الزوجة عرضها وعلى البنتين نسبهما.

وبخصوص المراجعة انظر:

- قرار صادر في 5 يوليوز 1971 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 23، ص 42 وما بعدها.

وانظر من أجل التوسع في الموضوع:

- عبد المجيد غميجة، موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، أطروحة في القانون الخاص، وحدة القانون المدني كلية الحقوق بالرباط أكدال، سنة 2000، ص 53 وما بعدها.

- محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، م.س، ص 280 وما بعدها.

133 - قرار عدد 413 مؤرخ في 14 شتنبر 2005 في الملف الشرعي عدد 663/2/1/2004، منشور بمجلة المناهج، العدد المزدوج 9 و10، ص. 207 وما بعدها.

134 - أشار إليه المستشار إبراهيم بحماني، م.س، ص. 539 وما بعدها.

ملاحظة عامة:

تعتبر قاعدة إثبات الزواج الذي لم يوثق أمام العدلين قاعدة موضوعية يجب أن يحترم بشأن تطبيقها مبدأ عدم رجعية القوانين؛ بحيث إن التمسك بالمادة 16 من مدونة الأسرة لا يمكن أن يمس - مبدئيا - إلا عقود الزواج التي أبرمت ابتداء من يوم 5 فبراير 2004. جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«... إن المحكمة قد عللت قرارها عن صواب بأن المطلوب من مواليد 1940 وأن الناس كانوا يعقدون على زوجاتهم خلال هذه الفترة عن طريق الجماعة أو ما يسمى بالفاتحة دون تحرير عقود الزواج، وقد أسسته على الموجب اللفيفي 681 الذي شهد شهوده بثبوت العلاقة الزوجية بين الطرفين منذ سنة 1938 أنجبا خلالها المطلوب الذي بحثت فيه المحكمة مع شهوده المذكورين وأكدوا شهادتهم ومعلوم أن البينة من وسائل إثبات النسب...»[135].

خامسا - دعوى ثبوت الزوجية غير دعوى ثبوت النسب:

يتم التمييز عادة بين دعوى ثبوت الزوجية ودعوى ثبوت النسب، سواء من الناحية الشرعية أو من الناحية القانونية – ورغم الترابط الواضح بينهما –، من عدة وجوه، ومن ذلك مثلا:

1 - فعلى مستوى التنظيم التشريعي، فإن المشرع نظم دعوى إثبات الزواج بواسطة المادة 16 من مدونة الأسرة، في حين نظم النسب ووسائل إثباته في المواد من 150 إلى 162 من نفس المدونة.

2 - نظم المشرع المغربي كذلك دعوى إثبات النسب إلى جانب دعوى نفيه (المادة 153). وبالمقابل لم ينظم إلا دعوى إثبات الزواج الذي لم يسبق الإشهاد عليه وتوثيقه أمام العدلين المنتصبين للإشهاد. أما دعوى نفي الزوجية فلا يمكن تصورها إلا كدفع لا كدعوى.

3 - يثبت النسب كقاعدة عامة بالفراش[136] - وهو العلاقة الزوجية الصحيحة -

---

135 - القرار عدد 561 الصادر بتاريخ 30 نونبر 2005 في الملف الشرعي عدد 338/2/1/2005 (قرار غير منشور).

136 - وسنرجع إلى ذلك المفهوم بتفصيل في الكتاب الثاني من هذه الدراسة.

وقد يثبت استثناء بالزواج الفاسد والزواج الباطل والاتصال عن طريق الشبهة، وهي أوضاع غير متصورة في إثبات الزواج الذي ليست له إلا صورة واحدة، هي الزواج الصحيح. وفي هذا الصدد، جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«... إذا حالت أسباب قاهرة، دون توثيق عقد الزواج في حينه تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية على سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة. وإن تمسك الطالبة في دعوى ثبوت الزوجية بحضور شهود حفل الزفاف وبوجود قوة قاهرة حالت، دون توثيق عقد الزواج في حينه، والمتمثلة في وجودهما ببادية الصحراء يتعارض مع أقوال الشهود ومع تصريحها بأنها انتقلت رفقة المطلوب من بادية الصحراء إلى المدينة لإقامة حفل الزفاف، الأمر الذي لم يبق معه أي مبرر مقبول يمنعهما من إنجاز عقد الزواج، مما يجعل الادعاء بالقوة القاهرة على غير أساس.

إن المحكمة لما رتبت على انتفاء العلاقة الزوجية انتفاء نسب الإبن ولم تبحث فيه، مع أن النسب يمكن إثباته بجميع الوسائل المنصوص عليها في المادة 158 من مدونة الأسرة ولو كان الزواج غير صحيح، يكون قرارها ناقص التعليل الذي هو بمثابة انعدامه»[137].

4 - تهيمن على دعوى إثبات النسب قاعدة شاذة تخرج عن أصول الإجراءات مفادها أن:

«النسب يثبت بالظن ولا ينفى إلا بحكم قضائي»[138].

نحن أمام قاعدة تخرج عن المألوف، تجد أساسها في مبدأ شرعي يعتمده الفقهاء عادة في هذا المجال ويقضي بأن الشرع متشوف للحوق الأنساب[139].

مثل هذه القاعدة غير معروفة في الدعاوى الأخرى، ومنها دعوى ثبوت الزوجية المنظمة بالمادة 16 من مدونة الأسرة، وإن كانت الزوجة التي تدعي الزوجية وبها حمل أو لها أولاد قد تستفيد من تلك القاعدة على ما يتضح من القراءة المتأنية للفقرة الثالثة من تلك المادة.

---

137 - قرار شرعي صادر بتاريخ 30 أبريل 2008، - ملخص - منشور ضمن التقرير السنوي للمجلس الأعلى، 2008، ص 196 و197.

138 - المادة 151 من مدونة الأسرة.

139 - راجع حول القاعدة:

- محمد الكشبور، البنوة والنسب في مدونة الأسرة، طبع مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2007، ص 140 وما بعدها.

5- إن دعوى إثبات الزواج غير الموثق هي دعوى - وبقرار من المشرع - محصورة زمنيا في مدة معينة، من المفروض ألا تسمع بعد انتهائها[140]، ما لم يتدخل المشرع من جديد من أجل إطالتها، وهذه قاعدة غير متصورة في دعوى إثبات النسب أو نفيه، وهي دعوى في نظرنا لا تسقط بالتقادم المسقط للدعاوى متى تحققت شروط ذلك.

6 - في دعوى إثبات النسب يمكن الاستعانة بتقنية البصمة الوراثية (المادة 153) بخلاف إثبات عقد الزواج - وهو تصرف قانوني - والذي لا يثبت إلا بوجود عناصره من أركان وشروط صحة.

7 - وبخصوص الاختلاف بين دعوى ثبوت الزوجية ودعوى ثبوت النسب، جاء في قرار صادر عن محكمة النقض المصرية:

«إذ تنص الفقرة الرابعة من المادة 99 من المرسوم بقانون رقم 78 لسنة 1931 بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه "لا تسمع عند الإنكار دعوى الزوجية أو الإقرار بها إلا إذا كانت ثابتة بوثيقة زواج رسمية في الحوادث الواقعة من أول أغسطس سنة 1931. وورد بالمذكرة الإيضاحية للمرسوم بقانون سالف الذكر ما نصه: "وظاهر أن هذا المنع لا تأثير له شرعا في دعاوى النسب..." ومفاد ذلك أن دعوى الزواج لا تثبت بعد آخر يوليه سنة 1931، إلا بوثيقة رسمية صادرة عن موظف مختص بتوثيق عقود الزواج أو يُقر بها المدعى عليه في مجلس القضاء، سواء كانت دعوى الزواج مجردة أو ضمن حق آخر باستثناء دعوى النسب...»[141].

8 - إن إثبات العلاقة الزوجية دعوى تفتح في وجه الأبناء متى كانت لهم مصلحة في ذلك، كطلب تسجيلهم في الحالة المدنية مثلا، أما دعوى نفي النسب فهي من حق الأب وحده وليس للورثة مواصلتها، إلا إذا أقامها في حياته[142].

---

140 - الفقرة الأخيرة من المادة 16.

141 - نقض 20 دجنبر 1980، طعن 3 س 50ق.

142– تنص المادة 153 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«يثبت الفراش بما تثبت به الزوجية.

يعتبر الفراش بشروطه حجة قاطعة على ثبوت النسب، لا يمكن الطعن فيه إلا من الزوج...».

وجاء في قرار للمجلس الأعلى:

«لكن، حيث إنه لما كان نفي النسب من حق الأب ولا تنتقل الدعوى به إلى ورثته من بعده، إلا إذا أقامها في حياته وكان البين من أوراق الملف أن الطالبين التمسوا الحكم بنفي نسب المطلوبة في النقض عن الهالك محمد بن العربي الحساوي والتشطيب عليها من دفتر الحالة المدنية مع أنه سبق أن أقر بها وكان وليها في عقد

الفصل الرابع

آثار عقد الـزواج

تمهيـد:

رأينا سابقا أن عقد الزواج يبرم بركنين أساسيين: إيجاب يصدر من أحد طرفيه وقبول يصدر من الطرف الآخر، بالكيفية التي حددها المشرع[143].

ويترتب على تخلف ركني عقد الزواج أو أحدهما بطلانه[144]، وهو هنا يستوى نظريا مع باقي العقود المدنية الأخرى.

غير أنه، ونظرا لأهمية هذا العقد، وخطورة الآثار التي تتولد عنه عادة، فإن الشارع الحنيف قد أضاف للركنين السالفين شروطا إضافية أخرى لا يصح الزواج إلا بتوافرها، ومن هذه الشروط أنه يجب - كقاعدة - أن يكون كل متعاقد راشدا وعاقلا وحلالا للطرف الآخر، وأن يسمى صداق للزوجة، أو على الأقل ألا يتم الاتفاق على إسقاطه، وأن يتم الإشهاد على إبرام العقد بالكيفية التي بيّنها القانون[145].

وتسمى هذه الشروط الأخيرة بشروط صحة الزواج، وقد سبق أن وقفنا عندها بتفصيل، ويترتب على تخلفها – مبدئيا – فساد عقد الزواج، لا بطلانه.

وقد جرى العمل الفقهي والقضائي على التعامل مع تخلف هذه الشروط وخاصة بعد البناء بالزوجة بحذر جد شديد، حيث لا يصرح بفساد عقد الزواج إلا في الحالات التي تكون فيها الحجة جد قوية على تخلف الشرط، وبالخصوص عندما يمس النزاع نسب الأولاد وعرض الزوجة[146].

وبالإضافة إلى ما سبق بيانه، فإن المتمعن جيدا في أحكام الفقه الإسلامي

زواجها وأن المحكمة لما اعتبرت لذلك الدعوى غير مقبولة تكون قد طبقت مقتضيات مدونة الأسرة التطبيق الصحيح...».

– قرار صادر بتاريخ 7 ماي 2008، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 71، ص. 159 وما بعدها.

143 - راجع المادة 10 من مدونة الأسرة.

144 - راجع المادة 57 من مدونة الأسرة.

145 - راجع المادة 13 من مدونة الأسرة.

146 - ومن هنا نفهم المقصود من المادة 151 من مدونة الأسرة وقد جاء فيها: «يثبت النسب بالظن ولا ينتفي إلا بحكم قضائي».

عموما، والفقه المالكي على وجه الخصوص، ومدونة الأسرة على وجه أخص، سيلاحظ أنه لا تلازم دائما بين بطلان العلاقة الزوجية أو فسادها وتخلف آثارها، وهو ما سوف نوضحه فيما سيأتي.

وهكذا، سنبحث أولا في آثار عقد الزواج الصحيح، ثم في آثار عقد الزواج غير الصحيح من خلال الفرعين الآتيين:

- **الفرع الأول : آثار الزواج الصحيح.**
- **الفرع الثاني : الزواج غير الصحيح وآثاره.**

الفرع الأول
آثار عقد الزواج الصحيح

تمهيد:

الزواج الصحيح هو الذي توفرت له الأركان والشروط التي حددها المشرع من خلال المواد من 10 إلى 13 من مدونة الأسرة.

يقصد بآثار عقد الزواج الصحيح مختلف الأحكام الشرعية والقانونية، من حقوق والتزامات، التي تنتج عنه سواء بالنسبة للزوجين معا، أو بالنسبة للأطفال، أو بالنسبة للأقارب.

وتقتضي دراسة آثار الزواج الصحيح الإنطلاق من المادة 50 من مدونة الأسرة، وقد جاء فيها ما يلي:

« إذا توفرت في عقد الزواج أركانه وشروط صحته، وانتفت الموانع فيعتبر صحيحا وينتج جميع آثاره من الحقوق والواجبات التي رتبتها الشريعة بين الزوجين والأبناء والأقارب، المنصوص عليها في هذه المدونة ».

فانطلاقا من هذا النص، والنصوص الأخرى المرتبطة به (المواد من 51 إلى 55 من مدونة الأسرة)، والنصوص الأخرى الخاصة بنفقة الزوجة (المواد من 187 إلى 196 من نفس المدونة)، سنقسم هذا الفرع إلى المباحث الثلاثة الآتية:

- المبحث الأول: آثار الزواج بالنسبة للزوجين.
- المبحث الثاني: آثار الزواج بالنسبة للأطفال والأقارب.
- المبحث الثالث: النفقة الواجبة للزوجة.

المبحث الأول
آثار الزواج بالنسبة للزوجين

تمهيد:

الزواج في الشريعة الإسلامية أساس للمكارمة والتراحم بين كل مكونات الأسرة، وخصوصا الزوج والزوجة. والمسألة ترتبط أساسا بآثار عقد الزواج.

فبخلاف مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، التي كانت تميز من خلال هذه الآثار بين الحقوق والالتزامات المشتركة بين الزوجين، وحقوق الزوجة على زوجها وحقوق الزوج على زوجته[147]، فإن مدونة الأسرة، وفي إطار توجهها الجديد المتعلق بالمساواة القانونية بين الزوجين اتبعت نهجا آخر، حيث اقتصرت فقط على حقوق وواجبات متبادلة بين الطرفين لا غير.

وهكذا، فقد نصت المادة 51 من هذه المدونة الأخيرة على ما يلي:

« الحقوق والواجبات المتبادلة بين الزوجين:

1 ـ المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد وإحصان كل منهما وإخلاصه للآخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل.

2 ـ المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة.

3 ـ تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال.

4 ـ التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل.

5 ـ حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم واستزارتهم بالمعروف.

6 ـ حق التوارث بينهما ».

ونعطي فيما يلي فكرة موجزة ومبسطة عن هذه الحقوق والواجبات الستة التي يرتبها عقد الزواج الصحيح والتي حددها النص التشريعي أعلاه.

على أن هناك آثارا ترتبها نصوص تشريعية أخرى ترتبط بعقد الزواج خارج مدونة الأسرة، ومن ذلك مثلا إسناد الجنسية المغربية عن طريق الزواج، سنشير إليها بإيجاز كبير كذلك.

أولا ـ المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية وعدل وتسوية عند التعدد وإحصان كل منهما وإخلاصه للآخر، بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل:

تتحدث هذه الفقرة عن عدة التزامات قانونية وشرعية متبادلة بين الزوجين نجملها فيما يلي:

---

147 - راجع الفصول 34 و35 و36 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

1 - المساكنة الشرعية بما تستوجبه من معاشرة زوجية :

أ - إن عقد الزواج الذي رسخ في تقاليد أغلبية المجتمعات منذ القدم، وأقرته جميع الشرائع السماوية والوضعية ذات التوجه الإسلامي على حد سواء، هو النظام الوحيد الذي تحل به - من الناحية الدينية والقانونية - المعاشرة بين الرجل والمرأة، حيث يستجيبان من خلاله للغريزة الجنسية التي أودعها الله سبحانه وتعالى فيهما معا، وبالتالي المحافظة على النوع البشري واستمراره بكيفية منظمة تنظيما محكما[148]، وقد أباح الله سبحانه وتعالى هذه المعاشرة وحرم ما سواها تحريما قاطعا مصداقا لقوله تعالى:

﴿والذين هم لفروجهم حافظون إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون﴾[149].

ويجب التنبيه إلى أنه، كما للزوج أن يستمتع بزوجته، لها هي أيضا أن تستمتع به، لأن ذلك الاستمتاع حق لهما معا، ومتى منعت من ذلك، لها أن ترفع دعوى التطليق للهجر طبقا لمقتضيات المادة 112 من مدونة الأسرة.

ورغم ذلك، فيحرم ذلك الاستمتاع في حالة الحيض والنفاس والإحرام والظهار والإيلاء قبل الكفارة، وفي غير مكان الحرث، وهذه من البديهيات الشرعية التي لا تحتاج إلى أن نتوقف عندها طويلا[150].

---

148 - أحمد الخمليشي، م.س، الجزء الأول، ص. 242.

149 - الآيات 5 و6 و7 من سورة المومنون.

وحسب بعض المفسرين فإن الآية الخامسة من سورة المومنون ﴿والذين هم لفروجهم حافظون﴾ إنما خاطب بها الله سبحانه وتعالى الرجال دون النساء بدليل قوله تعالى في الآية الموالية ﴿إلا على أزواجهم...﴾ وإنما عرف حفظ المرأة فرجها من أدلة أخرى ومن ذلك مثلا قوله تعالى:

﴿يا أيها النبي إذا جاءك المومنات يبايعنك على ألا يشركن بالله شيئا ولا يسرقن ولا يزنين... فبايعهن﴾.

- الآية 12 من سورة الممتحنة.

انظر للتوسع:

- القرطبي، م.س، الجزء الثامن عشر، ص. 70 وما بعدها.

150 - انظر حول الفكرة:

- أحمد الخمليشي، م.س، بنفس الموضع.

وانظر من أجل التوسع:

- فتيحة الشافعي، التزام المساكنة بين الزوجين وآثار الإخلال بها، أطروحة لنيل الدكتوراه في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بالرباط، أكدال، 2002-2003.

وقد سبقت الإشارة إلى أن الاستمتاع الذي يتم بين الزوجين مجرد وسيلة للوصول إلى غايات سامية أخرى في مقدمتها التوالد وحسن الاعتناء بالأبناء ليؤدوا بدورهم الدور المنتظر منهم داخل المجتمع، على الوجه المطلوب.

ومن البديهي أن التساكن الشرعي بين الزوجين يقتضي وحدة بيت الزوجية، أي وحدة المسكن. وفي هذا الصدد قرر المجلس الأعلى أن عدم الدخول بالزوجة بعد مرور مدة غير يسيرة على إبرام عقد الزواج يمثل إخلالا بالمساكنة الشرعية[151].

ب - المساكنة تكون عادة داخل بيت الزوجية.

يراد بالمساكنة الشرعية حق كل من الزوجين على الآخر في أن يساكنه ببيت الزوجية نفسه، مع كل ما تقتضيه هذه المساكنة من أداء واجبات الحياة الزوجية المعتادة. وترتيبا على ذلك، يمنع على كل من الزوجين هجر منزل الزوجية أو التواجد به ماديا مع الإخلال بالواجبات الشرعية المتعلقة بالمساكنة، من اتصال جنسي بالمعروف وإنفاق على من يجب ورعاية شؤون الأطفال والاعتناء بهم، بالكيفية المحددة ضمن مقتضيات المادة 54 من مدونة الأسرة. وفي هذا الصدد، جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«كانت المحكمة على صواب حين صرحت بأن تمسك الطالبة بالإقامة في فرنسا بعيدا عن زوجها المقيم بالمغرب وإصرارها على ذلك يشكل إخلالا بالالتزامات الملقاة على عاتقها والتي تفرض عليها الإقامة مع زوجها لتحقيق شرط المساكنة الشرعية...»[152].

ج - ويدخل تهييء بيت الزوجية – مبدئيا[153] – ضمن الالتزامات التي تقع على كاهل الزوج وحده كقاعدة عامة، باعتباره المكلف قانونا بذلك[154]، وهو يختار

- حامد محمود شمروخ، حق الاستمتاع بين الزوجين وآثاره وموانعه الشرعية، مطابع المجموعة المتحدة (م.ط.غ.م)، 1999.

151 - قرار عدد 208 بتاريخ 11 أبريل 2007، ملف غير شرعي، عدد 2006/1/2/549.

152 - قرار عدد 71 الصادر في 9 فبراير 2005 في الملف الشرعي عدد 353/ 2/ 2/ 2004.

153 - ومن الناحية الشرعية لا مانع يمنع من أن تسكن الزوجة زوجها في بيت تملكه أو تسكنه معها في بيت أبيها، أو أن تشترط عليه ذلك.

154 - الفقرة الأولى من المادة 191 من مدونة الأسرة.

وراجع بهذا الخصوص:

- قرار شرعي صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 18 فبراير 2008، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 71، ص. 186 وما بعدها.

ذلك المنزل على قدر يساره وفي المكان الذي يراه ملائما للقرب من عمله واكتساب معيشته، وعلى الزوجة أن تتبع زوجها إلى المنزل الذي اختاره، ما لم يكن في ذلك ضرر جد ظاهر يصيبها من جراء ذلك الاختيار، أو تكون قد اشترطت عليه سكنا بمواصفات محددة أو في مكان ما، إذ المسألة ليست من صميم النظام العام.

وترتيبا على ذلك، فإبرام عقد الزواج وتمكين الزوجة من صداقها يوجب عليها - مبدئيا - أن تنتقل إلى البيت الذي هيأه الزوج كمسكن للزوجية على قدر يساره إذ من تاريخ هذا الانتقال تحسب نفقتها إذ المفروض أنه تاريخ البناء بها (م. 194 من مدونة الأسرة[155].

وحماية لاستقرار الزوج الباقي على قيد الحياة، قرر المشرع امتداد عقد الكراء إليه ولو لم يكن هو الذي أبرمه طبقا للفصل 53 من القانون رقم 12–67 المنظم للعلاقة التعاقدية بين المكري والمكتري للأماكن المعدة للسكنى وللاستعمال المهني[156].

د - ومن أهم آثار المساكنة الشرعية أن الزوجة التي تغادر بيت الزوجية بدون إذن من زوجها، وبدون وجود سبب جدي ظاهر، تعتبر، شرعا وقانونا، ناشزا حيث للزوج أن يراجع القضاء للحكم برجوعها لبيت الزوجية، وإلا أمكن طلب الحكم بوقف نفقتها من جانب المحكمة[157].

هـ – والزوج الذي يغادر بيت الزوجية دون عذر مقبول ويخل بالتالي بواجب المساكنة الشرعية، يمكن للزوجة أن تطلب من المحكمة تطليقها منه إما للضرر[158] وإما للغيبة[159] وإما لعدم الإنفاق[160]، حسب الأحوال، وهذه أمور سنرجع إليها فيما بعد.

وبالإضافة إلى هذا وذاك، فإن ترك بيت الزوجية من الطرفين، ودون سبب قاهر، قد يمثل جريمة يعاقب عليها الفصل 479 من القانون الجنائي متى تحققت شروط معينة.

---

155 - المهدي الوزاني، النوازل الكبرى، الجزء الثالث، م.س، ص. 511 وما بعدها.

156 - دخل إلى حيز التنفيذ بالظهير الشريف رقم 1.13.111 الصادر في 15 من محرم 1435 (19 نوفمبر 2013)،

– ج.ر. عدد 6208 بتاريخ 28 نوفمبر 2013.

157 - المادة 195 من مدونة الأسرة.

158 - المواد 99 و100 و101 من مدونة الأسرة.

159 - المواد 104 و105 و106.

160 - المادتان 102 و103.

و - ولعل من أبرز الأحكام التي جاءت بها مدونة الأسرة في هذا الصدد، ما تم النص عليه ضمن المادة 53 وقد جاء فيها ما يلي:

«إذا قام أحد الزوجين بإخراج الآخر من بيت الزوجية دون مبرر، تدخلت النيابة العامة من أجل إرجاع المطرود إلى بيت الزوجية حالا، مع اتخاذ الإجراءات الكفيلة بأمنه وحمايته».

وتقوم النيابة العامة هنا بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه، في إطار عملها الولائي الحمائي الذي أسنده لها المشرع، وإن كانت المسألة ليست بالهينة على ما يتضح من الواقع العملي المعيش، حيث يكون إرجاع الزوجة إلى بيت الزوجية، أكثر خطورة عليها من إخراجها.

وفي إطار مدونة الأسرة دائما، فإن ا لمساكنة الشرعية بين الزوجين تتأسس على الرضى الكامل بها. ومن ثمة، فإن رفع دعوى التطليق للشقاق أو للضرر بطلب من الزوجة، مثلا هو رفض ضمني لتلك المساكنة[161].

2 ـ العدل والتسوية عند التعدد:

قد يكون الزوج معددا لزوجاته، وفي هذه الحالة يجب عليه ديانة وقضاء أن يعدل بينهن تطبيقا لقوله تعالى:

﴿فإن خفتم ألا تعدلوا فواحدة...﴾[162].

فانطلاقا من هذه الآية الكريمة، أجمع كل الفقهاء – وعلى مستوى كل المذاهب - على أن العدل أساس التعدد[163]، مع تقرير قاعدة أن الله لا يكلف نفسا إلا وسعها،

---

161 - المحكمة الابتدائية بفاس، قسم قضاء الأسرة، حكم بتاريخ 23 ماي 2005، منشور بمجلة المعيار، العدد 34، ص. 288 وما بعدها.

162 - الآية 3 من سورة النساء.

وانظر بالنسبة لشرح هذه الآية الكريمة:

- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء الخامس، ص. 11 وما بعدها.

163 - ونؤكد مرة أخرى أن العدل المطلوب هو العدل في المعاملة والنفقة والمعاشرة المباشرة وسائر الأوضاع الظاهرة، أما العدل في مشاعر القلوب وأحاسيس النفوس، فلا يطالب به أحد من بني الإنسان، لأنه خارج عن إرادته.

بخصوص الميل القلبي على ما سبق توضيحه، وقد جاء في المادة 40 من مدونة الأسرة أنه:

«يمنع التعدد إذا خيف عدم العدل بين الزوجات...».

ومن الناحية القانونية، فإن العدل شرط أساسي للتعدد[164]، وإن عدم العدل يمثل في ذاته ضررا يسمح للزوجة المتضررة من سلوك الزوج بأن ترفع دعوى التطليق للضرر على زوجها، بالاعتماد على مقتضيات المادة 99 من مدونة الأسرة والتي سوف نعود إليها بمناسبة تحليل أحكام التطليق للضرر، ما لم تفضل رفع دعوى التطليق للشقاق.

فالرجل الذي له أكثر من امرأة عليه أن يسوي بينهن. قال رسول الله صلى الله عليه وسلم:

«من كان له امرأتان فمال إلى إحداهما، حشر يوم القيامة وأحد شقيه مائل»[165].

والذي ذكرناه من الأمر في التسوية إنما هو فيما يتعلق بالأفعال، وأما القلوب فلا يملكها إلا مقلب القلوب.

قال تعالى:

﴿ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة﴾[166].

قال المفسرون: لن تستطيعوا أن تعدلوا بالقلوب فلا تتبعوا أهواءكم أفعالكم، ومن اتبع هواه فقد مال كل الميل[167].

---

164 - ومن مقدمات العدل التي قد تتخذ قرينة عليه ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة 41 من أنه لا تأذن المحكمة بالتعدد:

- إذا لم تكن لطالبه الموارد الكافية لإعالة الأسرتين، وضمان جميع الحقوق من نفقة وإسكان ومساواة في جميع أوجه الحياة».

165 - رواه أحمد في مسنده والدارمي وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجة وابن حبان والحاكم.

166 - الآية 129 من سورة النساء.

167 - الجويني، م.س، الجزء 13، ص. 227.

إلا ليلا[168].

وقد قال عز وجل:

﴿أزواجا لتسكنوا إليها﴾[169].

أما النهار فهو يخصص عادة للبحث عن الرزق خارج البيت[170].

على أن العدل هو حق للزوجة، بحيث لها أن تتنازل عنه إذ ثبت في السنة أن سودة رضي الله عنها وهبت ليلتها لعائشة رضي الله عنها، وقد قبل رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك. وفي ذلك تقول الآية الكريمة:

﴿وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو إعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير﴾ (الآية 128 من سورة النساء).

3 - الإحصان والإخلاص بلزوم العفة وصيانة العرض والنسل:

لقد رأينا سابقا أن الله سبحانه وتعالى قد شرع الزواج، وجعله الوسيلة الشرعية الوحيدة التي تسمح بالاتصال الجنسي بين الرجل والمرأة، وأن صيانة الفرج من صفات المؤمن تطبيقا لقوله تعالى:

﴿والذين هم لفروجهم حافظون﴾ الآية 5 من سورة المومنون.

ولقد حرم الله الزنا تحريما قاطعا من خلال العديد من الآيات البينات، بل ووضع له عقوبة قاسية جدا تصل إلى حد الإعدام رجما، متى كان الزاني محصنا - أي متزوجا.

يقول الله تعالى في سورة النور:

﴿الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولا تأخذكم بهما رأفة في دين الله إن كنتم مومنين﴾[171].

---

168 - الجويني، م.س، الجزء 13، ص. 229 و230.

169 - الآية 21 من سورة الروم.

170 - يقول جلت قدرته:

﴿وجعلنا الليل لباسا والنهار معاشا﴾.

الآيتان 10 و11 من سورة النبإ.

171 - الآية 2 من سورة النور.

ومن الملاحظ أن رجم المحصن بخلاف الجلد الوارد في الآية الكريمة أعلاه، قد قررته السنة النبوية الفعلية، ذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رجم ماعزا ورجم امرأة من جهينة ورجم يهوديين وامرأة من عامر من الأزد وكل ذلك مخرج في الصحاح.

والظاهر أن الله تعالى قد شدد تلك العقوبة نظرا للآثار الخطيرة جدا التي تخلفها داخل المجتمع، وآثار الزنا هي بالنسبة للمرأة المتزوجة أشد خطورة على الأسرة لأنها قد تؤدي إلى أن ينسب إلى الزوج ولد ليس من صلبه، لذلك نلاحظ أن الله سبحانه وتعالى قد بدأ في الآية الثانية من سورة النور بالزانية قبل الزاني خلافا للمعتاد في كتابه العزيز، حيث يبدأ عادة بالذكور قبل الإناث[172].

ومن الناحية الشرعية ـ وبعيدا عما يجري في الواقع الذي نعيشه حاليا ـ فلا يمنع على المرأة ممارسة الزنا فقط، ولكن كذلك اتخاذ كل مظهر من شأنه عمليا أن يؤدي إليه أو يساعد على ارتكابه، ومن ذلك الإفراط في الزينة وإبداء المفاتن، وكشف الصدر والنهدين والساق، وتبرج[173] الجاهلية عن طريق الخلوة بالرجال والتدخين وشرب الخمر وتناول المخدرات باسم حضارة العصر والتقدم، إذ التقدم من المفروض أن يكون في الفكر ويظهر أثره في مختلف العلوم وليس في سوء الأخلاق وفيما يؤدي إلى إيقاظ الغريزة الجنسية لدى الرجال، يقول الله تعالى في محكم كتابه العزيز بلفظ آمر:

﴿ولا تبرجــن تبرج الجاهلية الأولى﴾[174].

وقال عمر بن الخطاب بهذا الخصوص:

«... ألا وإن رسول الله رجم ورجمنا بعده».

- ابن كثير، م.س، الجزء الثالث، ص 245.

172 - جاء في تفسير القرطبي:

«قدمت الزانية في هذه الآية من حيث كان في ذلك الزمان زنى النساء فاش وكان لإماء العرب، وبغايا الوقت رايات، وكن مجاهرات بذلك، وقيل لأن الزنا في النساء أعرّ وهو لأجل الحبل أضر، وقيل لأن الشهوة في المرأة أكثر وعليها أغلب، فصدّرها تغليظا لتردع شهوتها، وإن كان قد ركب فيها حياء، لكنها إذا زنت ذهب الحياء كله، وأيضا فإن العار بالنساء ألحق إذ موضوعهن الحجب والصيانة فقدم ذكرهن تغليظا واهتماما».

الجامع لأحكام القرآن، م.س، الجزء 12، ص. 160.

173 - التبرج هو إظهار المفاتن لإغراء الرجال وإغوائهم وضده العفة.

174 - الآية 33 من سورة الأحزاب.

والتبرج كذلك معناه تكلف إظهار ما يجب إخفاؤه.

وأصله الخروج من البرج، وهو القصر، ثم استعمل في خروجه المرأة من الحشمة وإظهار مفاتنها وإبراز محاسنها.

ـ السيد سابق، م.س، الجزء الثاني، ص. 209.

وقال تعالى:

﴿غير متبرجات بزينة﴾ الآية 60 من سورة النور.

«... أي غير مظهرات ولا متعرضات بالزينة لينظر إليهن، فإن ذلك من أقبح الأشياء وأبعده عن الحق، والتبرج: التكشف والظهور للعيون ومنه: بروج مشيدة، وبروج السماء والأسوار، أي لا حائل دونها يسترها...».

ويقول جلت قدرته في آية أخرى:

﴿والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحا فليس عليهن جناح أن يضعن ثيابهن غير متبرجات بزينة وأن يستعففن خير لهن﴾[175].

«وإنما خص القواعد بذلك لانصراف الأنفس عنهن، إذ لا مذهب للرجال فيهن، فأبيح لهن ما لم يبح لغيرهن، وأزيل عنهن كلفة التحفظ المتعب لهن»[176].

ويقــول كذلك في كتابــه العزيز:

﴿فالصالحات قانتات حافظات للغيب بما حفظ الله﴾[177].

والمراد بحفظ الغيب، الحفاظ على كل شيء يخص الزوج، ويكون أمانة عند الزوجة أثناء غياب زوجها، ومن ذلك حفظ اسمه ونطفته وكرامته وشرفه وماله وأسراره، فإن قصرت الزوجة في ذلك خرقت مقتضى الآية أعلاه. وقد سبق أن أشرنا إلى حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم ومفاده أن خير النساء... من إذا غبت عنها حفظتك في نفسها وفي مالك[178].

ورغم ذلك، فإن المشرع في مدونة الأسرة لم يخاطب الزوجة وحدها بهذا الالتزام، كما فعل من خلال الفصل 36 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وإنما خاطب به الزوج كذلك لأننا أمام التزام مشترك بين الزوجين، وإن كانت المسألة من ضمن المبادئ الشرعية العامة الواجبة التطبيق والتي لا تحتاج مطلقا إلى نص يقررها.

- القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م.س، الجزء الثاني عشر، ص. 309.

175 - الآية 58 من سورة النور.

لقد سبق الأمر بإخفاء زينة النساء منعا لإثارة الفتن والشهوات، فعاد الله هنا يستثني من النساء القواعد اللواتي فرغت نفوسهن من الرغبة في معاشرة الرجال وفرغت أجسامهن من الفتنة المثيرة للشهوات. ورغم ذلك - وحسب الآية - فالاستعفاف خير لهن.

فهؤلاء القواعد لا حرج عليهن أن يخلعن ثيابهن الخارجية على ألا تتكشف عوراتهن ولا يكشفن عن زينة، وخير لهن أن يبقين كاسيات بثيابهن الخارجية الفضفاضة، وسمي هذا استعفافا أي طلبا للعفة وإيثارا لها لما بين التبرج والفتنة من صلة.

- سيد قطب، م.س، الجزء السادس، ص 123 و124.

176 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م.س، الجزء الثاني عشر، ص. 309.

177 - الآية 34 من سورة النساء.

وارتباطا بهذه الآية الكريمة، جاء في الحديث الذي رواه أبو داود: قال رسول الله ﷺ لعمر: «ألا أخبرك بخير ما يكنزه المرء؟ المرأة الصالحة، إذا نظرت إليها سرتك، وإذا أمرتها أطاعتك، وإذا غبت عنها حفظتك في نفسها ومالك».

178 - أخرجه ابن ماجة.

وفي إطار المساواة بين الزوجين دائما، نص الفصل 418 من مجموعة القانون الجنائي على ما يلي:

« يتوفر عذر مخفض للعقوبة في جرائم القتل أو الجرح أو الضرب، إذا ارتكبها أحد الزوجين ضد الزوج الآخر وشريكه عند مفاجأتهما متلبسين بجريمة الخيانة الزوجية».

ثانيا- المعاشرة بالمعروف وتبادل الاحترام والمودة والرحمة والحفاظ على مصلحة الأسرة:

يقتضي الالتزام بحسن المعاشرة ابتعاد الزوجين معا عن كل ما من شأنه أن ينفر الطرف الآخر من بيت الزوجية، بل ومن علاقة الزواج نفسها في بعض الأحيان، يقول الله تعالى في كتابه العزيز:

﴿وعاشروهن بالمعروف﴾[179].

والخطاب القرآني في الآية الكريمة أعلاه، ورغم أنه موجه للرجال إذ في الغالب أن الإضرار بالزوجات يكون من جانبهم[180]، فإنه في واقعه موجه إلى النساء كذلك، واللاتي عليهن معاشرة أزواجهن بالمعروف. والآية تحمل طابع الأمر على ما يتضح من القراءة المتأنية لها، على اعتبار أن العلاقة الزوجية مبنية في أساسها على المكارمة والتراحم قبل بنائها على بنود تعاقدية، وهي المستفادة من قوله تعالى:

﴿ولقد كرمنا بني آدم﴾ (الآية 20 من سورة الروم).

والحقيقة أن الحياة الزوجية لا تطيب ولا تستقر، والأسرة لا تصلح مجالا لتربية الأولاد الصالحين إلا بحسن المعاشرة بين الأزواج، وانطلاقا من ذلك، يمتنع على كل من الطرفين أن يهين الطرف الآخر أو يهين أقاربه أو أن يحمله ما لا طاقة له به، والمرأة في ذلك مثل الرجل لقوله تعالى بهذا الخصوص:

---

179 - الآية 226 من سورة البقرة.

180 - انطلاقا من حديث رسول الله ﷺ:
«استوصوا بالنساء خيرا».
رواه البخاري.
اعتبر ابن حزم الظاهري أن «الإحسان إلى النساء فرض ولا يحل تتبع عثراتهن».
- م.س، الجزء 11، ص. 373.

﴿ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة﴾[181].

فالمرأة قسيمة الرجل، لها ما له من الحقوق وعليها أيضا من الواجبات ما يلائم تكوينها وفطرتها، وعلى الرجل أن يحوطها بقوته، ويذود عنها بدمه، وينفق عليها من كسب يده، لأنها مناط شرفه وموطن عرضه، ومن ثم كانت له درجة عليها، هي رعاية لها لا يتجاوزها إلى قهرها وجحود حقها، وهذا هو المقصود بالقوامة التي تشير إليها الآية الكريمة أعلاه. قال ابن عباس بشأن **﴿وللرجال عليهن درجة﴾**: الدرجة إشارة إلى حض الرجال على حسن العشرة، والتوسع للنساء في المال والخلق...[182].

ومن باب المعاشرة بالمعروف أن يكتم سرها وتكتم سره. فقد ورد في صحيح مسلم عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أنه قال: قال رسول الله ﷺ:

«إن من شر الناس عند الله منزلة يوم القيامة الرجل يفضي إلى امرأته وتفضي إليه، ثم ينشر سرّها ».

وفي الواقع، كثيرا ما وجدنا بعض الأشخاص يتحدثون عن أمور تتعلق بما يحدث بينهم وبين أزواجهم عادة في غرفة النوم، وهي أمور يجب أن تستر، وهي ما يعنيه حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلاه.

ويضاف إلى ما سبق بيانه، أن لحسن المعاشرة معنى خاصا ينبعث من قلب الزوج بروح المودة والمحبة، فيملأ قلب الزوجة غبطة وسرورا، وينبعث من قلب الزوجة فيملك على الزوج قلبه ومشاعره، تصطبغ به كل مظاهر حياته، فيمتد إلى الجو العائلي، والعلاقة بالأولاد، والنشاط الذي يبذله داخل عمله، وإلى هذا يرمز قوله تعالى:

﴿ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة﴾[183].

والسكن والمودة والرحمة يجب أن يترجم على مستوى المعاشرة بين الزوجين.

ويجب على الزوجين معا ألا يهملا مظهرهما أمام بعضهما البعض. قال ابن عباس رضي الله عنهما: إني لأتزين لامرأتي كما تتزين لي، وما أحب أن أستظف كل حقي الذي لي عليها فتستوجب حقها الذي لها علي لأن الله تعالى قال:

---

181 - الآية 226 من سورة البقرة.

182 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج. 3، ص. 125.

183 - الآية 20 من سورة الروم.

﴿ولهن مثل الذي عليهم بالمعروف...﴾.

والذي يؤسف له في هذا الصدد أن بعض الزوجات بالخصوص يعتنين بمظهرهن أمام الأغيار ويهملنها أمام أزواجهن، مما يحدث – في مثل هذه الأحوال – شرخا في العلاقة الزوجية.

ومن حيث الواقع المعيش، كثيرا ما يعتبر حسن المعاشرة بين الزوجين قرينة قوية على نجاح الحياة الزوجية واستقرارها، وقد قررت العديد من الدراسات الاجتماعية أن لحسن المعاشرة هذا أثر جد إيجابي على شخصية الأولاد وعلى سلوكهم داخل الأسرة وخارجها.

ثالثا- تحمل الزوجة مع الزوج مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال:

يترجم هذا الالتزام في حقيقته المساواة بين الزوجين المنصوص عليها في إطار المادة الرابعة من مدونة الأسرة.

والمقصود بتحمل الزوجين معا لمسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت والأطفال أن لكل منهما نصيبا في تلك المسؤولية، يجب عليه أن يقوم به على أحسن وجه، بهدف تحقيق المصالح العليا للأسرة.

فبخصوص تسيير شؤون البيت، فالمسألة تقتضي التعاون والتشاور بشأن موقع البيت، وكيفية اقتنائه، وكيفية تأثيثه، ومن يشتغل به وأحيانا من يدخل إليه ومن لا يدخل، وهكذا.

وبخصوص الأطفال، فإن مقتضيات المادة 54 من مدونة الأسرة، والمنبثقة عن الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل المصادق عليها من جانب المغرب[184]، تخاطب بشأن رعاية تلك الحقوق، كلا من الزوج والزوجة على قدم المساواة، إلا في حالات ضيقة جدا، كما هو الحال بالنسبة للنفقة والسكن التي تضعها النصوص الشرعية والتشريعية على كاهل الزوج وحده.

وحتى في هذا الإطار الأخير، فالملاحظ من حيث الواقع المعيش أن الزوجة كثيرا ما تساهم بنصيب وافر في ذلك، بل وفي بعض الأحيان بأكثر مما يساهم به الزوج.

184 - سبقت الإشارة إلى مراجع هذه الاتفاقية.

والمسؤولية التي يتحدث عنها النص هي مسؤولية تضامنية، بحيث متى غاب أحد الزوجين أو منعه طارئ ما - كالمرض مثلا - من القيام بها، مارسها الطرف الآخر بكيفية شاملة. وفي حديث لرسول الله ﷺ عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال:

« كلكم راع وكلكم مسؤول عن رعيته... والرجل راع على أهل بيته والمرأة راعية على بيت زوجها وولده... »[185].

ونعتقد أن هذا الحديث الشريف ينسجم انسجاما كليا مع المقتضى التشريعي الذي نحن بصدد تحليله.

رابعا- التشاور في اتخاذ القرارات المتعلقة بتسيير شؤون الأسرة والأطفال وتنظيم النسل:

إن تسيير شؤون بيت الزوجية ورعاية الأطفال الذين يعيشون في داخله، لم يعد شأنا خاصا بالزوج وحده يمارسه بالكيفية التي تحلو له وإنما هي مسألة تهم الزوجين معا.

فالبيت بيت الزوجين معا، والأطفال أطفالهما معا، ومن ثمة كان من الحكمة أن تكون تلك الشؤون محل تشاور وتوافق. وفي كافة الأحوال، فإن رأيين خير من رأي واحد كقاعدة عامة، إضافة إلى أن تشاور الزوج مع الزوجة في شؤون البيت مما يشعرها بإنسانيتها ويكبر الزوج في عينها.

185 - حديث متفق عليه.
ومن الملاحظ أن الشورى والتشاور بين الزوجين – بخصوص الأبناء – ولو كانا مطلقين تستفاد من قوله تعالى:
﴿فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما﴾ (البقرة، الآية 233).
هذه الآية جاءت في سياق تقرير الأحكام المتعلقة برضاعة الطفل، وفيها دعوة للزوجين لكي يتشاورا بعد انفصالهما وموضوع التشاور هنا مسألة رضاع طفلهما، هل تكون حولين كاملين أم يفطم الطفل قبل الحولين.
والقرآن الكريم مع تحبيذه أن تكون الرضاعة حولين كاملين: ﴿والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة﴾ (البقرة، الآية 233) إلا أنه لا يرى بأسا فيما إذا أراد الزوجان ﴿فصالا﴾ أي فطاما قبل الحولين ما دام القرار قد اتخذ عن تراض وتشاور.
وانظر حول الموضوع:
- أمين نعمان الصلاحي، من وسائل القرآن في إصلاح المجتمع، سلسلة كتاب الأمة، العدد 177، السنة (2)، ص. 90 وما بعدها.

ومن هذه الناحية، نعتقد أن ما ورد في مقتضى هذا البند هو تأكيد مرة أخرى لما سبق أن قرره المشرع المغربي في المادة الرابعة من مدونة الأسرة، حيث بين أن الأسرة المستقرة تنشأ وتسير برعاية الزوجين معا، وهو ترجمة للتوجه الجديد الذي تبناه ذلك المشرع والقاضي بالمساواة بين الزوجين، فيما يتعلق بشؤون البيت والأسرة، وخاصة أن بعض الزوجات هن أرجح عقلا وثقافة، بل وتدبيرا من أزواجهن.

وفيما يتعلق بالتشاور حول تنظيم النسل، فهو توجه جديد اقتضته سياسة الدولة الاجتماعية والاقتصادية التي ترى أن قلة أفراد الأسرة مع توفرها على كل المقومات التي تحتاج إليها اجتماعيا واقتصاديا، خير من كثرة أفرادها مع تخبطها في الفقر وفي الجهل ومن ثمة مساهمتها في انتشار الإجرام الذي أصبح يؤرق المجتمع في الوقت الراهن.

خامسا- حسن معاملة كل منهما لأبوي الآخر ومحارمه واحترامهم وزيارتهم بالمعروف:

1- حسن المعاملة والاحترام الواجب لأبوي الزوج الآخر:

تندرج هذه المسألة من جهة أولى في نطاق حسن المعاشرة ومراعاة كل من الزوجين لشعور الطرف الآخر واحترام عواطفه بالمعروف، فللزوجة شعور وعواطف نحو أهلها، وتربطها بهم رحم ترغب دائما في المحافظة عليها، وعلى الزوج أن يراعي جيدا هذا الشعور ويقدره حق قدره، كما يحب هو بدوره أن يراعى شعوره نحو أهله كذلك، فله مثل ما عليه، وللزوجة مثل ما عليها بدون إفراط ولا تفريط في هذا الصدد وعموما المحافظة على الأرحام.

ومن جهة ثانية، فإن لهذا الموضوع اتصالا وثيقا بمسألة البر بالوالدين مصداقا لقوله تعالى:

﴿وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا إما يبلغن عندك الكبر أحدهما أو كلاهما فلا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولا كريما واخفض لهما جناح الذل من الرحمة وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا﴾[186].

186 - الآية 23 من سورة الإسراء.

وقوله جلت قدرته:

﴿ووصينا الإنسان بوالديه حملته أمه وهنا على وهن وفصاله في عامين أن أشكر لي ولوالديك إلي المصير﴾[187].

وقوله وهو خير القائلين كذلك:

﴿ووصينا الإنسان بولديه حسنا﴾[188].

فالبر بالوالدين من أوكد الواجبات عند الله تعالى، ومن باب المعاشرة بالمعروف أن يساعد كل زوج الزوج الآخر على القيام بهذا الواجب الديني والأخلاقي على الوجه الأكمل.

والمستفاد من الواقع المعيش، أن تحسين علاقة الزوج مع أبوي الزوج الآخر، قد يفيد كثيرا على مستوى استقرار الأسرة وعلى مستوى فض بعض النزاعات التي قد تطرأ بين الزوجين، أو على الأقل تقي وقوعها.

2- زيارة الآباء والمحارم بالمعروف:

إن زيارة الآباء والمحارم من جهة الأزواج مسألة تندرج في إطار حسن المعاملة

وجاء في صحيح البخاري عن عبد الله بن عمر قال:

«سألت النبي ﷺ أي العمل أحب إلى الله عز وجل؟ قال: «الصلاة في وقتها» قلت: ثم أي قال: «ثم البر بالوالدين»...»

وهكذا يكون بر الوالدين أفضل الأعمال بعد الصلاة في وقتها، حسب منطوق هذا الحديث الشريف والذي لا ينطق صاحبه عن الهوى.

انظر للتوسع:

القرطبي، م.س، المجلد الثاني، ص 625.

187 - الآية 14 من سورة لقمان.

وجب طاعة الوالدين في كل ما يأمران به أو ينهيان عنه مما ليس فيه معصية لله تعالى ومخالفة للشريعة إذ لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق لقوله تعالى:

﴿وإن جاهداك على أن تشرك بي ما ليس لك به علم فلا تطعهما وصاحبهما في الدنيا معروفا﴾.

- الآية 14 من سورة لقمان.

188 - الآية 8 من سورة العنكبوت.

ويقول، وهو خير القائلين، في سورة الرعد:

﴿والذين ينقضون عهد الله من بعد ميثاقه، ويقطعون ما أمر الله به أن يوصل ويفسدون في الأرض أولئك لهم اللعنة ولهم سوء الدار﴾.

والمقصود بعبارة ﴿ما أمر الله به أن يوصل﴾ (الأرحام، الآية 25).

راجع بهذا الخصوص:

- القرطبي، الجامع، م.س، ج. 9، ص. 313 وما بعدها.

والبر بهم، تطبيقا للآيات الكريمات المشار إليها سابقا، ولذلك وجب على كل زوج أن يساعد الزوج الآخر ويهيء له الظروف المادية والمعنوية من أجل القيام بهذا الواجب ذي الطبيعة الدينية والإنسانية.

وفي الذكر الحكيم:

﴿واتقوا الله الذي تساءلون به والأرحام﴾[189].

والمقصود: واتقوا الله أن تعصوه واتقوا الأرحام أن تقطعوها[190].

والأرحام جمع رحم وهو اسم لكافة الأقارب من غير تمييز بين المحرم وغيره.

غير أن زيارة الآباء والمحارم يجب أن تتم بمعروف، فلا يقتر فيها الزوج على الزوجة إلى حد المنع مثلا، ولا تسرف فيها الزوجة كثيرا لدرجة الإضرار بالأسرة مثلا، وما قيل عن الزوج يصح كذلك بالنسبة للزوجة الذي يجب عليها بدورها أن تراعي هذا الواجب، لأننا أمام حق وواجب مشترك بين الطرفين في ذات الوقت.

سادسا ـ حق التوارث بين الزوجين:

1 ـ القاعدة:

إذا عقد الرجل على امرأة معينة، فقد حلت له وحل لها، وتكونت بذلك بينهما صلة قوية هي رابطة الزوجية، وقد يأتي الأولاد لكي يضيفوا إلى الأسرة تماسكا إضافيا آخر، لأنهم زينة الحياة الدنيا كما أخبرنا بذلك الذكر الحكيم.

ومن خلال هذه العلاقة القوية والسامية، جعل الله سبحانه وتعالى لكل من الزوجين أن يرث الآخر حالة وفاته، شريطة أن تكون الزوجية قائمة حقيقة أو حكما، وشريطة ألا يكون هنالك مانع شرعي يمنع من الإرث كالقتل العمد والاختلاف في الدين واللعان[191].

ويبدو أن أهم سبب لهذا الحق يتمثل في عدم ترك الزوج الآخر الباقي على قيد الحياة معدما ليس تحت يده مال يتعيش منه، خاصة أن هذا الأخير كثيرا ما يكون قد

189 - الآية الأولى من سورة النساء.

190 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م س، الجزء الخامس، ص. 2

191 - راجع المادتين 332 و333 من مدونة الأسرة.

ساهم بكيفية مباشرة أو غير مباشرة في المال الذي جمعه الطرف الآخر المتوفى قيد حياته، أو على الأقل في جزء منه، وقد قال رسول الله ﷺ لمن أراد أن يوصي بماله كله إلى الغير:

«إنك إن تترك ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس»[192].

ويعتبر حق التوارث عموما، وبين الأزواج خصوصا، من حقوق الله تعالى - أي من صميم النظام العام - بحيث يمتنع على أحد الزوجين أن يمنعه أو يغير في أنصبته بأي وجه من الوجوه[193]، وهو - وبصريح النص القرآني - حد من الحدود الشرعية الذي

192 - فعن سعد بن أبي وقاص أنه قال:

«جاءني رسول الله ﷺ يعودني من وجع اشتد بي فقلت يا رسول الله إني قد بلغ بي من الوجع ما ترى وأنا ذو مال ولا يرثني إلا ابنة لي أفأتصدق بثلثي مالي؟ قال لا، قلت الشطر يا رسول الله؟ قال لا، قلت فالثلث؟ قال الثلث والثلث كثير، إنك إن تذر ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم عالة يتكففون الناس».

رواه الجماعة.

193 - تنص المادة 329 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«أسباب الإرث كالزوجية والقرابة أسباب شرعية لا تكتسب بالتزام ولا بوصية فليس لكل من الوارث والموروث إسقاط صفة الوارث أو الموروث ولا التنازل عنه للغير».

ووفقا لأحكام الشريعة الإسلامية، ترث الزوجة في تركة الزوج الهالك، ويرث الزوج في تركة زوجته الهالكة بالفرض على النحو الآتي بيانه:

أولا ـ ميراث الزوجة:

ترث الزوجة المتوفى عنها زوجها إما الربع وإما الثمن، حسب الأحوال:

1. فهي ترث الربع من التركة إن لم يكن للزوج المتوفى فرع وارث مطلقا منها أو من غيرها، وسواء انفردت أو تعددت، فعند التعدد فهن شركاء في الربع، وسند القاعدة قول الله تعالى:

﴿ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد﴾ الآية 11 من سورة النساء.

2. وهي ترث الثمن فقط من تركة الزوج إن كان له فرع وارث سواء بطريق الفرض أم من طريق التعصيب، وسواء كان هذا الفرع من الزوجة أم من غيرها، وعند التعدد هنا كذلك، فهن شركاء في الثمن، وسند القاعدة قول الله تعالى: ﴿فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم﴾ الآية 11 من سورة النساء.

ثانيا ـ ميراث الزوج:

يرث الزوج الذي توفيت عنه زوجته إما النصف وإما الربع حسب الأحوال:

1. فهو يرث نصف التركة إذا لم يكن للزوجة المتوفية فرع وارث سواء منه أو من غيره، وأساس هذا الفرض قول الله عز وجل:

﴿ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد﴾ الآية 12 من سورة النساء.

2. وهو يرث ربع التركة فقط إن كان لزوجته المتوفية فرع وارث سواء منه أو من غيره مصداقا لقوله عز من قائل: ﴿فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن﴾ الآية 12 من سورة النساء.

ونلاحظ أن لفظ الولد المضمن في الأحكام القرآنية أعلاه، يشمل الذكر والأنثى، ورفعا لكل التباس، نص الفصل

لا يمكن المساس به مطلقا، حيث يقول جلت قدرته بعد الإنتهاء من تحديد أنصبة الورثة:

﴿ تلك حدود الله ﴾ (الآية 13 من سورة النساء).

2 ـ عدم التوارث استثناء في حالتين خاصتين:

على أن قاعدة التوارث بين الزوجين، ليست عامة ومطلقة، إنما ترد عليها بعض الاستثناءات، ومن ذلك:

أ ـ تنص المادة 332 من مدونة الأسرة على ما يلي :

« لا توارث بين مسلم وغير مسلم، ولا بين من نفى الشرع نسبه »[194].

وإذا كان المشرع قد منع الإرث في هذه الحالات، فهو لم يمنع الوصية مطلقا بدليل ما جاء في مطلع المادة 282 من مدونة الأسرة، وقد نصت على ما يلي:

«يشترط في الموصى له:

1 ـ ألا تكون له صفة الوارث وقت موت الوصي...».

ويرتفع القيد أعلاه – أي المنع من الإرث – إذا أسلمت الزوجة مثلا أو أقر الأب

---

238 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على ما يلي :
لفظ الولد الوارد فيما يلي يطلق على الذكر والأنثى ».
المقصود بما يلي: الفصل 239 وما يليه من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، وهو ما سكتت عنه مدونة
سرة.

يراث بين الزوجين لا يتحقق شرعا إلا بتوفر شرطين أساسيين:
ـ أن تكون الزوجية قائمة وصحيحة أو على الأقل أن يكون الطرفان مازالا في فترة عدة من طلاق رجعي.
ـ أن لا يوجد هنالك سبب مانع من الإرث كالاختلاف في الدين أو القتل العمد مثلا.
يد من الايضاح والتوسع في موضوع الميراث وأسبابه وشروطه عموما وفي ميراث كل من الزوج والزوجة

الرحمن بلعكيد، علم الفرائض، المواريث ـ الوصية ـ تصفية التركة، مطبعة النجاح الجديد بالدار البيضاء،

رياض، أحكام المواريث بين النظر الفقهي والتطبيق العملي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء،

ن سليمان الرسموكي، مختصر حلية الجواهر المكنونة في صدف الفرائض المستونة، مكتبة المدارس،
200، ص 53 وما بعدها.
ع بهذا الخصوص تطبيقا للقاعدة:
ي صادر بتاريخ 29 مارس 2011، منشور ضمن نشرة قرارات محكمة النقض، العدد 9، ص. 179.

الولد الذي لاعن أمه لأجل نفي نسبه، حيث يتحول في هذه الحالة الأخيرة إلى وارث.

ب ـ تنص المادة 333 من مدونة الأسرة على أنه:

«من قتل موروثه عمدا، وإن أتى بشبهة لم يرث من ماله، ولا ديته، ولا يحجب وارثا.

من قتل مورثه خطأ ورث من المال دون الدية وحجب».

وبالارتباط مع هذا المقتضى، نصت المادة 282 من مدونة الأسرة على ما يلي:

« يشترط في الموصى له:

1 ـ ...

2 ـ عدم قتله للموصي عمدا إلا إذا أوصى له من جديد ».

وحتى لا يقع تحايل على إرث الزوجة بالخصوص، فإن الإمام مالك قد ورثها ولو طلقت طلاقا بائنا في مرض الموت، بل وهي ترث في هذه الحالة ولو انقضت عدتها وتزوجت من رجل آخر، معاملة لمطلقها بنقيض قصده.

وهذه فكرة سنعيد شرحها والتفصيل فيها فيما بعد.

سابعا ـ اكتساب الجنسية المغربية عن طريق الزواج:

قد تكتسب الجنسية المغربية عن طريق الزواج متى تحققت شروط حددها المشرع.

ينص الفصل العاشر من قانون الجنسية المغربي على أنه:

« يمكن للمرأة الأجنبية المتزوجة من مغربي بعد مرور خمس سنوات على الأقل على إقامتهما معا في المغرب بكيفية اعتيادية ومنتظمة أن تتقدم أثناء قيام العلاقة الزوجية إلى وزير العدل بتصريح لاكتساب الجنسية المغربية.

لا يؤثر انتهاء العلاقة الزوجية على التصريح المقدم من طرفها قبل انتهاء تلك العلاقة.

يبت وزير العدل في التصريح المقدم إليه داخل أجل سنة من تاريخ إيداعه، ويعتبر عدم البت داخل هذا الأجل بمثابة معارضة.

يسري مفعول اكتساب الجنسية ابتداء من تاريخ إيداع التصريح غير أن التصرفات القانونية التي سبق للمعنية بالأمر أن أبرمتها طبقا لقانونها الوطني قبل موافقة وزير العدل تبقى صحيحة...».

إن المرأة الأجنبية التي تزوجت من مغربي قبل تاريخ إجراء العمل بهذا القانون، يسوغ لها أن تكسب الجنسية المغربية بنفس الشروط المنصوص عليها في الفقرة الأولى أعلاه إذا كان زواجها بالمغرب لم يفسخ ولم ينحل قبل إمضاء التصريح[195].

المبحث الثاني

آثار عقد الزواج الصحيح بالنسبة للأطفال والأقارب

أولا- آثار الزواج الصحيح بالنسبة للأطفال:

يعتبر طفلا - من الناحية القانونية - كل شخص ذكرا كان أم أنثى لم يبلغ بعد الثامنة عشرة من عمره.

للأولاد حقوق متعددة على أبويهم بالخصوص. ومن حسنات مدونة الأسرة أنها جمعت أهم هذه الحقوق في نص واحد بكيفية تجعل هذه المدونة منسجمة كل الانسجام مع الاتفاقية الدولية لحقوق الطفل التي صادق عليها المغرب بظهير 14 يونيو 1993 السالف ذكره.

ولأهمية حقوق الطفل، فقد دسترها دستور 2011 (الفقرتان 3 و4 من الفصل 32).

1- تحديد حقوق الطفل تجاه والديه:

عدد المشرع المغربي هذه الحقوق من خلال مقتضيات المادة 54 من المدونة، وقد جاء فيها ما يلي:

195 - انظر حول الموضوع:
- موسى عبود، الوجيز في القانون الدولي الخاص المغربي، المركز الثقافي العربي، الدار البيضاء، 1994، ص: 71 وما بعدها.

«للأطفال على أبويهم الحقوق التالية:

1- حماية حياتهم وصحتهم منذ الحمل إلى حين بلوغ سن الرشد.

2- العمل على تثبيت هويتهم والحفاظ عليها خاصة بالنسبة للإسم والجنسية والتسجيل في الحالة المدنية.

3- النسب والحضانة والنفقة طبقا لأحكام الكتاب الثالث من هذه المدونة.

4- إرضاع الأم لأولادها عند الاستطاعة.

5- اتخاذ كل التدابير الممكنة للنمو الطبيعي للأطفال بالحفاظ على سلامتهم الجسدية والنفسية والعناية بصحتهم وقاية وعلاجا.

6- التوجيه الديني والتربية على السلوك القويم وقيم النبل المؤدية إلى الصدق في القول والعمل، واجتناب العنف المفضي إلى الإضرار الجسدي والمعنوي والحرص على الوقاية من كل استغلال يضر بمصالح الطفل.

7- التعليم والتكوين الذي يؤهلهم للحياة العملية وللعضوية النافعة في المجتمع، وعلى الآباء أن يهيئوا لأولادهم قدر المستطاع الظروف الملائمة لمتابعة دراستهم حسب استعدادهم الفكري والبدني.

عندما يفترق الزوجان، تتوزع هذه الواجبات بينهما بحسب ما هو مبين في أحكام الحضانة.

عند وفاة أحد الزوجين أو كليهما تنتقل هذه الواجبات إلى الحاضن والنائب الشرعي بحسب مسؤولية كل واحد منهما.

يتمتع الطفل المصاب بإعاقة، إضافة إلى الحقوق المذكورة أعلاه، بالحق في الرعاية الخاصة بحالته، ولا سيما التعليم والتأهيل المناسبين لإعاقته قصد تسهيل إدماجه في المجتمع.

تعتبر الدولة مسؤولة عن اتخاذ التدابير اللازمة لحماية الأطفال وضمان حقوقهم ورعايتها طبقا للقانون.

تسهر النيابة العامة على مراقبة تنفيذ الأحكام السالفة الذكر».

ومن الملاحظ أن الحقوق المشار إليها ضمن المقتضى أعلاه، هي جد مختلفة من حيث طبيعتها، إذ منها القانوني والشرعي والسياسي، بل ومنها المادي والمعنوي

والأخلاقي، وهي تبتدئ منذ الحمل وتستمر إلى حين بلوغ سن الرشد القانوني، كما هو محدد في المادة 209 من مدونة الأسرة.

ولم يهتم المشرع بالحقوق أعلاه أثناء قيام الرابطة الزوجية فحسب، إنما اهتم بها كذلك حالة انحلال تلك الرابطة بأي نوع من أنواع الفرقة، حيث تتوزع تلك الحقوق بين أكثر من شخص في إطار يحدده القانون.

وما نسي المشرع الطفل المعاق، حيث بالإضافة إلى الحقوق التي يتمتع بها في نطاق مقتضيات المادة 54 من مدونة الأسرة، فقد قرر أنه يجب أن تخصص له رعاية خاصة به تأخذ حالته الصحية بعين الاعتبار، وهي رعاية تتجاوز إمكانية الأبوين في الكثير من الأحيان[196].

وحتى لا تبقى الحقوق أعلاه مجرد حبر على ورقة تفتقر لكل فعالية، فقد أسند المشرع إلى النيابة العامة السهر على تنفيذها، إضافة إلى تقرير وجوب اتخاذ الدولة لكل التدابير اللازمة لحماية الأطفال، باعتبارها التزامات قانونية نابعة من الاتفاقية الدولية أعلاه[197].

ولأننا سوف نتطرق إلى أهم هذه الحقوق وبإسهاب من الوجهة التي تهمنا وخاصة في مجال الحضانة والنسب، باعتبارها أثرا للزواج أو للطلاق، فإننا نكتفي بهذه الإشارات العابرة فقط.

بقيت الإشارة إلى حقوق أخرى ذات طبيعة دينية ومنها:

أ ـ التخلق بأخلاق الإسلام انطلاقا من الحديث الصحيح المرفوع إلى رسول الله ﷺ أنه قال:

«كل إنسان تلده أمه على الفطرة، أبواه يهودانه أو ينصرانه أو يمجسانه، فإن كانا مسلمين فمسلم...»

- رواه مسلم في الصحيح عن قتيبة[198].

---

196 - راجع المادة 23 من الاتفاقية الدولية المتعلقة بحقوق الطفل، وقد سبقت الإشارة إلى مراجعها.
- ج.ر. عدد 4440 الصادرة في 19 دجنبر 1996، ص. 2041.

197 - ونذكر هنا بالقانون رقم 92-07 المتعلق بالرعاية الاجتماعية للمعاقين الذي دخل إلى حيز التنفيذ بظهير 10 شتنبر 1993 وقد سبقت الإشارة إليه.

198 - جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية أن:
«المنصوص عليه شرعا أن الولد يتبع خير الأبوين دينا، متى كان صغيرا لم يبلغ ويبقى على إسلامه إلى البلوغ،

ب ـ التدريب على الصلاة لأنها عماد الدين، انطلاقا من الحديث الصحيح المرفوع كذلك إلى رسول الله ﷺ:

«أمروا أولادكم بالصلاة وهم أبناء سبع سنين واضربوهم عليها وهم أبناء عشر وفرقوا بينهم في المضاجع».

- رواه أبو داود.

والآباء قدوة للأبناء في مجال الممارسات الدينية.

ج ـ تسمية الولد باسم لائق:

يعتبر الإسم الذي يعرف به الشخص أهم رمز يميزه في الوسط الذي يعيش فيه، ولأنه رمز يدل على الشخص، فيجب أن يكون مقبولا وجميلا، حتى لا يثير السخرية أو الاشمئزاز.

وتتم تسمية الأولاد عادة من جانب الأب، أو بناء على توافق بينه وبين أمهم، أو في إطار توافق عائلي.

وقد أولت الشريعة الإسلامية اهتماما بالغا بالتسمية وبالأسماء، فقد جاء مثلا في سورة آل عمران:

﴿إني سميتها مريم وإني أعيذها بك وذريتها من الشيطان الرجيم﴾[199].

وجاء في سورة مريم:

﴿يا زكريا إنا نبشرك بغلام اسمه يحي لم نجعل له من قبل سميا﴾[200].

ولا يحتاج بعد البلوغ إلى تجديد إسلامه، وإذا كان الحكم قد أقام قضاءه بإسلام المطعون عليه - مدعي الوراثة على أنه مسلم تبعا لإسلام أبيه أخذا بما سلف وأن الأصل بقاء ما كان حتى يثبت ما يخالفه، وأن هذا لم يثبت إذ لم تأخذ المحكمة في حدود سلطتها الموضوعية بالأدلة والقرائن التي استندت إليها الطاعنة في أن المطعون عليه كان مرتدا وقت وفاة والده، ولما كانت هذه الدعامة كافية لحمل قضائها في هذا الخصوص، دون ما حاجة للاستناد إلى أقوال شهود المطعون عليه أو إلى المستند المؤرخ في 26 من أكتوبر 1965 - الذي أقر فيه المطعون عليه بعد رفع دعواه بثبوت وراثته بأنه لم يرتد عن دين الإسلام - فإن النعي على الحكم المطعون فيه بمخالفة القانون والفساد في الاستدلال يكون لا محل له».
- نقض 1974/1/9 طعن 31 س 39ق، أشار إليه:
- أنور طلبه، م.س.، ص. 219 و220.

199 - الآية 36.

200 - الآية 6.

وورد في الحديث الذي خرجه البخاري في صحيحه أن :

«أحب الأسماء إلى الله عبد الله وعبد الرحمان».

وقد قام رسول الله ﷺ بتغيير بعض الأسماء لأنها تثير الاشمئزاز أو ترتبط بالجاهلية وبالوثنية التي جاء الإسلام لمحاربتها، ومنها عبد اللات وعبد العزى وعبد ود. وهكذا غير ﷺ اسم أبي بكر من عبد الكعبة إلى عبد الله، وغير اسم رجل من شهاب إلى هشام، وغير اسم زوجته من برة إلى زينت وغير اسم زوجة أخرى له من برة إلي جُوَيرية[201].

وقد قرر المشرع - بصيغة الأمر - أن يكون الإسم العائلي والاسم الشخصي غير مخالفين للنظام العام أو ماسين بالأخلاق الحميدة أو مثيرين للسخرية والضحك، لذلك نراه قد فتح الباب أمام تغيير الأسماء العائلية والشخصية لذات السبب[202].

د ـ العدل بين الأولاد:

العدل مطلوب في كل شيء بين الأولاد حتى لا تنشأ بينهم الكراهية والبغضاء وينقلبوا على الآباء. فعن النعمان بن بشير قال: تصدق عليّ أبي ببعض ماله، فقالت أمي عمرة بنت رواحة: لا أرضى حتى تشهد رسول الله ﷺ، فانطلق أبي إلى النبي ﷺ ليشهده على صدقتي، فقال له رسول الله ﷺ «أفعلت هذا بولدك كلهم». قال: لا، قال: «اتقوا الله واعدلوا في أولادكم»، فرجع أبي فرد تلك الصدقة.

وفي رواية : «إني لا أشهد على جور».

وفي رواية: قال: «أيسرك أن يكونوا إليك في البر سواء»؟ قال بلى، قال: «فلا إذا»[203].

ومن باب العدل بين الأولاد عدم التمييز بين الذكور والإناث من جانب الآباء، حيث جاء في قوله جلت قدرته:

---

201 - القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج. 17، ص. 121 وما بعدها، (الطبعة القطرية).

202 - راجع حول تغيير الإسم العائلي والشخصي من المادتين 20 و21 من القانون رقم 99-37 بخصوص الحالة المدنية.

وبخصوص إجراءات التغيير راجع المادة 21 و22 (الاسم العائلي) والمادة 23 و24 و25 من مرسوم 9 أكتوبر 2002 بشأن تطبيق القانون رقم 99-37 المتعلق بالحالة المدنية.

وانظر من أجل التوسع حول الموضوع:

- محمد الشافعي، الإسم العائلي والشخصي في نظام الحالة المدنية بالمغرب، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، 2004، ص. 6 وما بعدها.

203 - رواه مسلم في كتاب الهبات.

﴿وإذا بشر أحدهم بالأنثى ظل وجهه مسودا وهو كظيم، يتوار من القوم من سوء ما بشر به أيمسكه على هون أم يدسه في التراب ألا سا ما يحكمون﴾ (النحل، الآيات 58 و59).

وليس هناك ما يعصف باستقرار الأسرة ويولد بين أفرادها القطيعة والشحنا كالشعور بالظلم. وقديما قال الشاعر الجاهلي طرفة بن العبد:

وظلم ذوي القربى أشد مضاضة ... على المرء من وقع الحسام المهند

2 ـ الحماية المدنية والجنائية للطفل:

اهتم المشرع اهتماما بالغا بحقوق الطفل لا كشخص ذي أهلية منعدمة أو ناقصة، ولكن كجنين[204] كذلك، من الناحية المدنية ومن الناحية الجنائية.

أ ـ فمن الناحية المدنية، فقد اهتم المشرع بأهليته وبحالته المدنية واهتم كذلك بالنيابة الشرعية عليه، سواء على النفس أو على المال، وهي نيابة تجب على والديه ـ الأب ثم الأم ـ وفي غيابهما، فهي تثبت للوصي وللمقدم اللذين يمارسانها تحت اشراف القاضي المكلف بشؤون القاصرين[205].

واهتم المشرع بتمدرس الطفل وبرعايته الصحية، ونظم وضعيته كتاجر[206] وكأجير[207].

---

204 - انظر حول الموضوع:

- سلامة مذكور، الجنين والحقوق المتعلقة به في الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.

وانظر كذلك:

- محمد مومن، أهلية الوجوب لدى الجنين في القانون المغربي مقارنا بالفقه الإسلامي، بحث منشور بمجلة الحقوق الكويتية ـ العدد 3، شتمبر 2004، ص. 449 وما بعدها.

205 - تنص المادة 231 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«صاحب النيابة الشرعية:

- الأب الراشد

- الأم الراشدة عند عدم وجود الأب أو فقد أهليته

- وصي الأب

- وصي الأم

- القاضي

- مقدم القاضي».

206 - المواد من 12 إلى 16 من مدونة التجارة.

207 - المواد من 143 إلى 151 من مدونة الشغل.

ب - ومن الناحية الجنائية: فقد وضع المشرع العديد من النصوص الجنائية التي تستهدف حماية الأطفال.

فقد حرم المشرع الإجهاض والتحريض عليه حماية لحق الجنين في الحياة[208] وحرم العنف ضد الأطفال[209]، وتعريضهم للخطر[210]، واستغلالهم في التسول[211]، وعدم تقديمهم لمن له الحق في حضانتهم[212]، وهكذا.

وإذا ما ارتكب الطفل فعلا معاقبا عليه جنائيا، فهو يتابع في إطار مسطرة خاصة بالأحداث[213]، تهيمن في إطارها مؤسسة قاضي الأحداث.

وحسب المادة 473 من قانون المسطرة الجنائية:

«لا يمكن أن يودع بمؤسسة سجنية الحدث الذي لم يبلغ 12 سنة كاملة، ولو بصفة مؤقتة، ومهما كان نوع الجريمة.

لا يمكن أن يودع في مؤسسة سجنية، ولو بصفة مؤقتة الحدث الذي يتراوح عمره بين 12 و18 سنة إلا إذا ظهر أن هذا التدبير ضروري أو استحال اتخاذ أي تدبير آخر، وفي هذه الحالة يحتفظ بالحدث في جناح خاص، أو عند عدم وجوده، في مكان خاص معزول عن أماكن وضع الرشداء.

- المواد من 172 إلى 183 من نفس المدونة.

208 - الفصول من 449 إلى 458 من القانون الجنائي.

209 - الفصل 471 وما يليه من القانون الجنائي.

210 - الفصول من 459 إلى 467 من القانون الجنائي.

211 - الفصل 328 من القانون الجنائي.

212 - الفصلان 476 و477 من القانون الجنائي.

213 - نظم المشرع القواعد الإجرائية الخاصة بمحاكمة الأحداث في الكتاب الثالث من قانون المسطرة الجنائية، وبالضبط في المواد من 458 إلى 517 من قانون المسطرة الجنائية.

وحتى لا يكون هنالك أي التباس، حدد المشرع سن الرشد الجنائي ومن يعتبر حدثا ضمن المادة 458 من قانون المسطرة الجنائية، وقد جاء فيها ما يلي:

«يتحدد سن الرشد الجنائي ببلوغ ثمان عشرة سنة ميلادية كاملة

يعتبر الحدث إلى غاي بلوغه سن اثني عشرة سنة غير مسؤول جنائيا لانعدام تمييزه.

يعتبر الحدث الذي يتجاوز سن اثنتي عشرة سنة وإلى غاية بلوغه ثماني عشرة سنة مسؤولا مسؤولية ناقصة بسبب عدم اكتمال تمييزه».

راجع كذلك بخصوص مسؤولية القاصر جنائيا الفصول 138 و139 و140 من القانون الجنائي، حيث تهيمن على الموضوع قاعدتان، وهي:

أولا - الحدث الذي لم يبلغ سنه اثنتي عشرة سنة كاملة يعتبر غير مسؤول جنائيا لانعدام تمييزه.

ثانيا - الحدث الذي أتم اثنتي عشرة سنة ولم يبلغ الثامنة عشرة يعتبر مسؤولا مسؤولية ناقصة.

يبقى الحدث على انفراد أثناء الليل حسب الإمكان.

يقوم قاضي الأحداث بتفقد الأحداث المعتقلين وكذا الأحداث المودعين بالمراكز والمؤسسات المشار إليها في المادتين 471 و48 مرة كل شهر على الأقل».

ولخصوصية الحدث وسنه، قرر المشرع أن محاكمته، وفي كل أطوارها تكون سرية (م. 479 من ق.م.ج).

ثانيا- آثار عقد الزواج الصحيح بالنسبة للأقارب:

الأقارب جمع قريب، والقريب كلمة مشتقة من القربة، والقربة تعني القرب في الرحم[214].

وبالنسبة للآثار التي يرتبها الزواج الصحيح على الأقارب، فقد نصت المادة 55 من مدونة الأسرة على أنه:

«ينشئ عقد الزواج آثارا تمتد إلى أقارب الزوجين كموانع الزواج الراجعة إلى المصاهرة والرضاع والجمع»[215].

فالظاهر من القراءة المتأنية لهذا النص أنه ليس جامعا ولا مانعا، وأن في النصوص الخاصة المتعلقة بموانع الزواج[216] وبالنفقة على الأقارب[217] وبالوصية[218].

---

214 - سعدي أبو جيب، القاموس الفقهي لغة واصطلاحا، طبع دار الفكر، دمشق بسورية، ص 299.

القرابة والقربى: الدنو في النسب، والقربى في الرحم، وهي في الأصل مصدر، وتقول بيني وبينه قرابة وقُرْب وقُرْبَى، ومَقْرَبَة، ومَقْرُبَة، وقُرْبَة وقُرُبَة، وهو قريبي وذو قرابتي... ومن ذلك قوله تعالى:

﴿قل لا أسأل عليه أجرا إلا المودة في القربى﴾.

وانظر لمزيد من الايضاح حول هذه الكلمة.

- ابن منظور، م.س، المجلد الثاني، ص. 3168.

215 - راجع حول مختلف هذه الآثار:

- محمد مصطفى شلبي، م.س، ص 169 وما بعدها.

وحسب بعض الفقه، القرابة القريبة ويقال لمن اتصف بها إنه ذو رحم محرم.

- محمود محمد الطنطاوي، م.س، ص. 92.

والقرابة هي القربى كذلك، جاء في الذكر الحكيم.

﴿واعبدوا الله ولا تشركوا به شيئا وبالوالدين إحسانا وبذي القربى...﴾.

- الآية 36 من سورة النساء.

216 - المواد من 35 إلى 39 من مدونة الأسرة.

217 - المواد من 197 إلى 204 من مدونة الأسرة.

218 - المواد من 277 إلى 320 من مدونة الأسرة.

وبالمواريث[219]، ما يغني عنه، يضاف إلى ذلك أن المشرع يخلط بين القرابة والمصاهرة والفرق كبير بين المؤسستين[220].

ملاحظـــة :

على أن هناك حقوقـا للزوجة قد تم السكوت عنها في مدونة الأسرة، ومن ذلك مثلا حريتها الكاملة في التصرف في مالها دون رقابة من الزوج[221]. ونعتقد أن مطلع المادة 49 تغني عن ذلك، مادامت أنها قد اعترفت صراحة بالذمة المالية المستقلة للزوجين[222]، كما اعترف لها المشرع بالحق في الشغل[223]، والحق في ممارسة التجارة دون أي قيد أو شرط[224]، بل وقد جعل ذلك الحق من صميم النظام العام.

ومن الحقوق التي ضمنتها مدونة الأحوال الشخصية الملغاة للزوج على زوجته والتي لم يظهر لها أثر في مدونة الأسرة وجوب إشراف الزوجة على شؤون البيت وتنظيم شؤونه[225]. وقد أصبح هذا الحق مشتركا بين الزوجين على ما يستفاد ضمنيا من البند الثالث من المادة 51 من مدونة الأسرة، والقاضي بتحمل الزوجين معا مسؤولية تسيير ورعاية شؤون البيت.

---

219 - المواد من 321 إلى 395 من مدونة الأسرة.

220 - للوقوف على التمييز بين القرابة والمصاهرة راجع البحث الذي خصصناه للتحريم المؤبد.

221 - تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 35 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على ما يلي :
« للمرأة حريتها الكاملة في التصرف في مالها دون رقابة الزوج إذ لا ولاية للزوج على أموال زوجته».
انظر حول هذا الفصل:
- محمد الكشبور، الوسيط، م.س، ص. (الطبعة الرابعة)، ص. 253 وما بعدها.

222 - جاء في مطلع المادة 49 من مدونة الأسرة:
« لكل واحد من الزوجين ذمة مالية مستقلة ...».

223 - يستفاد ذلك من إلغاء الفصل 726 من ق.ل.ع. الذي كان يفرض على الزوجة ألا تشتغل إلا بإذن من زوجها وإلا كان له أن يفسخ عقد الشغل الذي أبرمته في غياب ذلك الإذن.

224 - تنص المادة 17 من مدونة التجارة على أنه:
«يحق للمرأة المتزوجة أن تمارس التجارة دون أن يتوقف ذلك على إذن زوجها. كل اتفاق مخالف يعتبر لاغيا».

225 - فمثلا، نص الفصل 36 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة على ما يلي :
« ...
4 - الإشراف على البيت وتنظيم شؤونه...».

المبحث الثالث
نفقـــة الزوجـــة

تمهيـــــــد:

نظم المشرع المغربي أحكام النفقة عموما في القسم الثالث من الكتاب الثالث المتعلق بالولادة ونتائجها ضمن المواد من 187 إلى 205 من مدونة الأسرة.

وقد قسم المشرع هذه المواد بين أحكام عامة (الباب الأول) ونفقة الزوجة (الباب الثاني) ونفقة الأقارب (الباب الثالث) والإلتزام بالنفقة (الباب الرابع).

ويهمنا في كل ما سبق بيانه نفقة الزوج على زوجته باعتبار تلك النفقة أثرا من أهم آثار الزواج، وهو ما سوف نتطرق إليه فيما سيأتي مع بعض التوسع والتفصيل.

ويرتبط بموضوع نفقة الزوج على زوجته موضوع آخر، هو التطليق لعدم الإنفاق المنظم بالمادتين 102 و103 من مدونة الأسرة، وسنتطرق إليه باستقلال ضمن المبحث الذي سوف نخصصه للتطليق في الكتاب الثاني من هذه الدراسة إن شاء الله.

أولا- التعريف بالنفقة ودليل وجوبها الشرعي[226]:

1- التعريف بالنفقة:

إذا كان الأصل هو أن نفقة الإنسان تجب له من ماله عادة، فقد قضى الشارع الحكيم بأن نفقة الزوجة بالخصوص تجب على زوجها ولو كانت غنية وكان ذلك الزوج فقيرا[227]. وعليه، فإن قيام علاقة زوجية هي الشرط الأساسي لوجوب نفقة الزوج على زوجته[228].

---

226 - لكلمة نفق ونفقة عدة معان لغوية يهمنا منها:
يقال أنفق المال: صرفه.
والنفقة كذلك ما أنفق الإنسان على نفسه وعلى عياله.
والنفقة ما أنفق والجمع نفاق.
- ابن منظور م.س- ج 10، ص317.

227 - محمد أبو زهرة، مرجع سابق، ص 231.

228 - قرار شرعي صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 2 ماي 1995، منشور ضمن مجموعة قرارات المجلس الأعلى

وبراد بالنفقة- من الناحية الاصطلاحية- ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها اليومية من غذاء وكسوة وتطبيب حسب العرف والعادة، على ما تقضي به صراحة أحكام المادة 189 من مدونة الأسرة، بالإضافة طبعا إلى ما يتطلبه بيت الزوجية من أفرشة وأغطية وأواني وأجهزة أخرى، تسهل التعايش والتساكن داخل ذلك البيت.

2- السند الشرعي للنفقة:

النفقة الواجبة للزوجة على زوجها ثابتة بالكتاب وبالسنة وبإجماع علماء الأمة.

أ- النفقة في الكتاب:

ففي الكتاب يقول الله تعالى:

﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها﴾[229].

ويقول جلت قدرته في آية أخرى:

﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾[230].

ويقول في آية ثالثة:

﴿أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾[231].

والآيات الثلاث تحمل طابع الأمر والوجوب، وهي تخاطب الأزواج الذين يجب عليهم أن ينفقوا على زوجاتهم دون أي قيد أو شرط.

ب- النفقة في السنة:

وفي السنة النبوية الشريفة، ما رواه أبو داود عن معاوية القشيري قال: أتيت رسول الله ﷺ فقلت ما تقول في نسائنا؟ قال ﷺ :

- الأحوال الشخصية- الجزء الثاني، 1983-1995، ص 262 وما بعدها.
- صلاح الدين زكي، مرجع سابق، ص160.

229 - الآية 7 من سورة الطلاق.

230 - الآية 239 من سورة البقرة.

هذا مع العلم أن المشرع فصل الإلتزام بالنفقة عن الالتزام بالسكنى على ما سنوضحه لاحقا في باب الطلاق والتطليق والعدة.

231 - الآية 6 من سورة الطلاق.

«أطعموهن مما تأكلون واكسوهن مما تكتسون...».

وما رواه مسلم من قوله ﷺ :

«اتقوا الله في النساء فإنكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن نفقتهن وكسوتهن بالمعروف».

وما رواه الترمذي وصححه من قوله ﷺ :

«ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في نفقتهن وكسوتهن وطعامهن».

وما رواه البخاري ومسلم عن عائشة رضي الله عنها أن هندا زوجة أبي سفيان قالت يا رسول الله: إن أبا سفيان رجل شحيح ولا يعطيني ما يكفيني وولدي إلا ما أخذت منه وهو لا يعلم، فقال:

«خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف».

ولو لم تكن النفقة واجبة شرعا للزوجة على زوجها لما أمر رسول الله ﷺ هندا بأن تأخذ من مال زوجها ما يكفيها وولدها بالمعروف بدون علم منه، إذ القاعدة الشرعية والقانونية تقضي بأنه لا يجوز أخذ شيء من أموال الناس بدون وجه حق، وإلا كنا أمام سرقة أو غصب.

ج- النفقة في إجماع علماء الأمة:

وبالإضافة إلى ما سبق بيانه، فقد أجمعت الأمة باختلاف مذاهبها - وفي كل العصور - على وجوب نفقة الزوج على زوجته[232].

د- ومن المفيد الإشارة إلى أن وجوب نفقة الزوج على زوجته لا يعني أبدا أنها تمنع من مساعدته بدليل قوله تعالى:

﴿فإن طبن لكم عن شيء فكلوه هنيئا مريئا﴾[233].

3- النفقة في مدونة الأسرة:

نظم المشرع المغربي نفقة الزوجة، باعتبارها التزاما شرعيا يثقل كاهل الزوج

---

232 - محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص 417 و418.

233 - الآية 4 من سورة النساء.

لصالح زوجته، ضمن المواد من 194 إلى 196 من مدونة الأسرة، إضافة إلى الأحكام العامة للنفقة، كيفما كانت الجهة المستفيدة منها، والمنصوص عليها ضمن المواد من 187 إلى 193 من نفس المدونة.

ونحن ندرسها هنا كأثر من آثار عقد الزواج، وندرسها باستقلال لأنها لا تندرج ضمن الحقوق والالتزامات المتبادلة.

ومن البديهي أن النفقة لا تجب إلا بزواج صحيح شرعا، فإن كان باطلا أو فاسدا فلا نفقة للزوجة لأن الواجب حينئذ، وكمبدإ عام، الافتراق لا المعاشرة[234].

ونظرا للطابع الاجتماعي والمعيشي للنفقة، فقد تقررت حمايتها على المستوى الدولي باتفاقية نيويورك الصادرة في 20 يونيو 1956 بشأن استيفاء واجب النفقة بالخارج، وهي الاتفاقية التي صادق عليها المغرب بالظهير رقم 338-59-1 الصادر في 3 أكتوبر 1959[235].

ومن الناحية الجنائية، فقد حمى المشرع النفقة بالفصل 480 من مدونة القانون الجنائي.

ثانيا ـ بدء استحقاق النفقة:

تنص المادة 194 من مدونة الأسرة على أنه:

«تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد البناء بها وكذلك إذا دعته للبناء بعد أن يكون قد عقد عليها عقدا صحيحا».

ومحتوى هذا النص مأخوذ في جوهره من قول الإمام مالك رضي الله عنه:

« لا تجب النفقة على الزوج حتى يدخل بها أو يدعى إلى الدخول بها وهي ممن توطأ وهو بالغ»[236].

وعليه، فإذا كان عقد الزواج عقدا منجزا يرتب كافة آثاره في الحال، فإنه يتضح من مقتضيات المادة 194 السالف ذكرها أن نفقة الزوجة الواجبة على زوجها لا تستحق، إلا من وقت البناء بها أو بالدعوة إلى البناء من طرفها، سواء بنى الزوج أو رفض البناء ـ يشترط فقط أن تكون الزوجة صالحة للدخول ـ وقد حكم القضاء المغربي **بأن رفع دعوى النفقة من جانب الزوجة غير المدخول بها يمثل في الحقيقة**

234 - راجع في هذا الصدد قرار المجلس الأعلى الصادر في 29 نونبر 1983، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 35 و36، ص105 وما بعدها.

235 - انظر الجريدة الرسمية الصادرة في 5 فبراير 1960 والتي تحمل عدد 2467.

236 - أشار إليه ابن رشد القرطبي في بداية المجتهد، الجزء الثاني، م.س، ص 41.

دعوة إلى الدخول تستحق به النفقة[237]، وبذلك يكون هذا القضاء قد رفع الإحراج الناتج عن تطبيق مقتضيات الفصل 117 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والذي حلت محله المادة 194 من مدونة الأسرة[238] المشار إلى مقتضاها أعلاه.

والظاهر أن سبب تأخير النفقة إلى حين البناء من المنظور الفقهي، إنما كان لما يترتب على عقد الزواج من أحقية الزوج في احتباس زوجته عليه ودخولها في طاعته لاستيفاء المقصود من الزواج، واعتبار الزوجة محتسبة على زوجها يكون حائلا يمنعها من الخروج للتكسب، الأمر الذي يوجب على الزوج الإنفاق عليها لسد احتياجاتها، وهذا ما تقتضيه قواعد العدالة والإنصاف، وبمعنى آخر، فإن الزوجة تكون متفرغة لخدمة زوجها، ومقتضى العقل أن من فرغ نفسه لخدمة غيره، فإن نفقته تكون مفروضة على هذا الغير[239].

والقاعدة أن الزواج الباطل لا يصلح أن يكون سببا موجبا للنفقة بدليل أن مناطها ـ ونقصد الزواج الصحيح ـ معدوم، فهو ينفي تسليم الزوجة نفسها للزوج على اعتبار أن ذلك غير ممكن شرعا لفساد العقد، وفساد العقد يقتضي الافتراق لا الالتقاء، ومبدئيا، يلتحق العقد الفاسد هنا بالعقد الباطل لأنه يرتب ذات الأثر أعلاه[240].

237 - وفي هذا الصدد، جاء في قرار للمجلس الأعلى:
«إن الحكم المطعون فيه حين اعتبر المطالبة القضائية بحقوق الزوجة دعوة إلى الدخول موجبة للنفقة على الزوج ابتداء من تاريخ المطالبة لم يخرق الفصل 117 من مدونة الأحوال الشخصية الذي لم ينص على إجراءات خاصة تتحقق بها الدعوة إلى الدخول، ولم يرد فيه كما صرح به الحكم المذكور ما يفيد أن الدعوة للدخول يجب أن يسبق تاريخ المطالبة بالنفقة...».
ـ قرار 8 ماي 1970، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 21، ص 18 وما يليها.
وانظر في نفس الاتجاه:
ـ القرار الشرعي الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 10 شتنبر 2003، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 61، ص 105 وما بعدها.
وجاء في قرار للمجلس الأعلى أن الحكم بنفقة الزوجة، رغم إثارة الطالب أنها غادرت أرض الوطن ولم يتم الدخول بها والتماسه إجراء بحث في ذلك وعدم حضورها، رغم استدعائها وتوصلها ومحاولة تنفيذ الحكم القاضي عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية وعدم العثور عليها... يجعل قرار المحكمة ناقص التعليل.
ـ قرار عدد 284 بتاريخ 16 ماي 2007، م.ش.ع، 2007/1/2/682.

238 - ويتمثل هذا الإحراج في المطالبة بالبناء في جلسة علنية وأمام هيئة المحكمة.

239 - ابن قدامة، المغني، الجزء السابع، القاهرة، ص 564
ـ زكريا البري، الأحكام الأساسية للأسرة الإسلامية في الفقه والقانون، منشأة المعارف بالقاهرة، ص 134 وما بعدها.

240 - وسنرجع لدراسة تلك الآثار بتفصيل في الفرع الثالث من هذا الفصل.

على أن هذا التصور - والمقصود الاحتباس مقابل النفقة - لم يعد مقبولا في منطق المدونة التي تبنت مبدأ المساواة بين الزوجين والابتعاد عن كل تفسير أو تأويل فقهي يمس بكرامة المرأة عموما والزوجة خصوصا. ومن جهتنا نقرر فقط أن نفقة الزوجة واجبة على زوجها لأن الشريعة الإسلامية أوجبت ذلك، ولا نضيف شيئا آخر تبريرا للقاعدة. فالتبرير هو حكم الله سبحانه وتعالى:

﴿قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم﴾[241].

ثالثا - مشمولات النفقة:

1 - تحديد عناصر النفقة:

تنص الفقرة الأولى من المادة 189 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«تشمل النفقة الغذاء والعلاج والكسوة، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد، مع مراعاة أحكام المادة 168».

فاستنادا إلى هذا النص التشريعي، فإن نفقة الزوجة في قانون الأسرة تشمل ما يلي:

1 - الغذاء.

2 - العلاج[242].

3 - الكسوة.

4 - ما يعتبر من الضروريات حسب ظروف الزمان والمكان.

5 - التعليم للأولاد.

والظاهر أن هذه العناصر التشريعية قد وردت على سبيل المثال لا الحصر، بدليل أن المشرع نفسه قد قرر أنه يمكن أن يضاف إليها ما يعتبر من الضروريات في عرف الناس وعاداتهم، مع الإشارة إلى أن ما يعتبر من الضروريات من مسائل

241 - الآية 50 من سورة الأحزاب.

242 - جاء في حكم للمحكمة الابتدائية بوزان أن نفقة الزوجة تشمل «... [illegible] ريض بالقدر المعروف و[illegible] والمقصود بمصاريف التمريض هي المصاريف العادية البسيطة أما المصاريف المرتفعة والباهضة التي تتطلبها عملية الولادة وإجراء عملية جراحية عند الاقتضاء، فإنها تشكل مصاريف مستقلة ولا علاقة لها بالنفقة...». حكم صادر في 24 نوفمبر 1999، منشور بمجلة الإشعاع، العدد 25، ص. 277 وما يليها.

الواقع التي يستقل بتقديرها قضاة الموضوع، مع العلم أن القضاء المغربي بدأ يتجه نحو اعتبار واجب أو توسعة الأعياد عنصرا من عناصر النفقة[243]، يتقل كاهل الأب غير الحاضن لأطفاله.

وقد قرر المشرع وجوب مراعاة أحكام المادة 168 التي تعتبر تكاليف سكنى المحضون مستقلة في تقديرها عن النفقة.

2 - استقلال السكنى عن عناصر النفقة :

من الملاحظ أن المشرع لم يتحدث في النص أعلاه عن السكنى وهي واجبة على الزوج من خلال نصوص أخرى، ومن ذلك المادة 196 من مدونة الأسرة التي صيغت بالكيفية الآتية:

«المطلقة رجعيا يسقط حقها في السكنى دون النفقة إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول».

وهكذا، فالنص صريح في أن الأمر يتعلق بالحق في السكنى الواجب للزوجة[244]، إلى جانب الحق في النفقة، وهو ما سوف يؤكده المشرع من جديد وبكيفية صريحة عند تنظيمه لأحكام النفقة.

رابعا - إيقاف نفقة الزوجة الناشز:

1 - بخصوص الزوجة حقيقة:

إذا تركت الزوجة بيت الزوجية أو أبت أن تنتقل إليه بعد أن عقد الزوج عليها عقدا صحيحا، بدون عذر شرعي يبرر ذلك، عدت ناشزا في حكم الشرع[245].

243 - انظر القرار الشرعي الصادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 16 يونيو 1992، منشور بكتاب الاجتهاد القضائي في مدونة الأحوال الشخصية للمستشار إدريس بلمحجوب ص. 80.

244 - وسبب هذا الموقف أن السكنى صارت التزاما مستقلا في إطار مدونة الأسرة يجب تحديده بكيفية منفصلة عن تحديد مبلغ النفقة.

245 - ومن الملاحظ أن المشرع المغربي لم يبين مفهوم النشوز، وحسب عبد الباقي الزرقاني يكون النشوز: «بمنع وطء أو استمتاع أو خروج بلا إذن أو عدم ما أوجبه الله تعالى عليها من حقوق الله أو حقوق الزوج». المجلد الثاني، الجزء الرابع، مرجع سابق، ص 60.

جاء في لسان العرب:

«... النشوز يكون بين الزوجين وهو كراهة كل واحد منهما صاحبه، واشتقاقه من النشز وهو ما ارتفع من الأرض».

ويكاد يجمع الفقه الإسلامي - وبما في ذلك المذهب المالكي - على أن الزوجة الناشز تسقط نفقتها عن الزوج، منذ بدء نشوزها، إذ بخروجها من البيت تخرق في نظرهم قاعدة الاحتباس مقابل النفقة المفروضة لها بحكم الشرع[246].

ويرى ابن حزم الظاهري أن نفقة الناشز لا تسقط عن زوجها لعموم قوله تعالى:

﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾[247].

وقد روي عن ابن القاسم مثل رأي ابن حزم[248].

وقد اتبع المشرع المغربي هذا الرأي الأخير، جزئيا من خلال المادة 195 من مدونة الأسرة، وقد جاء فيها ما يلي:

«يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الانفاق الواجب عليه، ولا تسقط بمضي المدة إلا إذا حكم عليها بالرجوع لبيت الزوجية وامتنعت».

فالنص جاء عاما، يشمل الزوجة الناشز وغير الناشز، على ما يتضح جليا من معناه.

ونشزت المرأة بزوجها وعلى زوجها تنشِز وتنشُز نشوزا وهي ناشز: ارتفعت عليه واستعصت عليه أو بغضته وخرجت عن طاعته ونشز هو عليها نشوزا كذلك...».

- م.س، المجلد الثاني، ص. 3916.

246 - جاء في متن الشيخ خليل:

«... أو منعت الوطء والاستمتاع أو خرجت بلا إذن ولم يقدر عليها إن لم تحمل...».

وانظر حول مفهوم النص:

- الحطاب، م.س، المجلد الرابع، ص. 187.

247 - الآية 233 من سورة البقرة.

يقول ابن حزم:

«...كتب عمر بن الخطاب إلى أمراء الأجناد أن انظروا من طالت غيبته أن يبعثوا نفقة أو يرجعوا أو يفارقوا فإن فارق فإن عليه نفقة ما فارق من يوم غاب.

قال أبو محمد: ولم يخص عمر ناشزا من غيرها.

ومن طريق شعبة سألت الحكم بن عتيبة عن امرأة خرجت من بيت زوجها غاضبة هل لها نفقة؟ قال: نعم...».

- أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم، المحلى شرح المجلى، طبع دار النفائس، الرياض، المملكة العربية السعودية، الجزء الحادي عشر، 1997، ص 154، رقم 1626.

248 - فقد ورد بخصوص هذه النقطة في الجامع لأحكام القرآن:

«... قال ابن المنذر: اتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزوجات على أزواجهن إذا كانوا جميعا بالغين إلا الناشز منهن الممتنعة. وقال أبو عمر: من نشزت عنه امرأته بعد دخوله سقطت عنه نفقتها إلا أن تكون حاملا. وخالف ابن القاسم جماعة الفقهاء في نفقة الناشز فأوجبها...».

- م.س، الجزء الخامس، ص. 174.

إذن، على الزوج الذي يريد أن يستفيد من أحكام هذه المادة أن يرفع دعوى إلى المحكمة يطلب فيها من القاضي أن يأمر الزوجة الناشز بأن ترجع إلى بيت الزوجية، ثم عند امتناعها من تنفيذ ذلك الأمر[249]، أن يرفع دعوى ثانية يطالب من خلالها بإيقاف النفقة عنها[250]. ويصبح هذا الحكم الأخير حالة صدوره حجة يدفع بها الزوج دعوى زوجته الناشز، متى طالبته بالنفقة الواجبة لها.

وتطبيقا للقاعدة أعلاه، جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«إن الطاعن سبق له أن صرح بأنه لا يمكنه أداء النفقة للمدعية مادامت تمتنع من الرجوع إلى بيت الزوجية، رغم الحكم الصادر عليها وأدلى بنسخة من الحكم بالرجوع وبمحضر الامتناع من تنفيذه، ولم تجب المحكمة على ذلك طبق القانون الذي ينص على إمكان إيقاف تنفيذ النفقة في هذه الحالة لأن ثبوت الامتناع من الرجوع إلى بيت الزوجية وإن كان لا يؤثر على وجوب النفقة فإنه يكون واقعة قانونية وضرورية يجب مناقشتها في نطاق الفصل 123 من مدونة الأحوال الشخصية...»[251].

وفي كافة الأحوال، يشترط لتطبيق المقتضيات أعلاه ألا تكون الزوجة الناشز حاملا، لأن الحمل - وعلى ما أكده المشرع المغربي نفسه - مانع من إيقاف النفقة، ولو

---

249 - يتم ذلك عادة بواسطة محضر يدونه عادة عون من كتابة الضبط يثبت فيه الامتناع عن التنفيذ طبقا لمقتضيات الفصل 429 من ق.م.م.

250 - راجع في هذا الصدد قرار المجلس الأعلى الصادر في 11 يناير 1982، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 28، ص 144 وما بعدها.

- راجع كذلك قرار المجلس الأعلى الصادر في 24 ماي 1977، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 26، ص 127 وما بعدها.

251 - قرار صادر في 12 نونبر 1984 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 37 -38، ص 157 وما بعدها.

وفي إطار مدونة الأسرة، جاء في قرار للمجلس الأعلى بشأن النشوز والرجوع لبيت الزوجية:

«... طبقا لمقتضيات المادة 195 من مدونة الأسرة يجوز للمحكمة إيقاف نفقة الناشز إذا صدر عليها حكم بالرجوع وامتنعت من تنفيذه، والمحكمة لما ثبت لها أن الطالبة تمتنع من تنفيذ الحكم القاضي بالرجوع إلى بيت الزوجية المعين فيه وقضت بإيقاف نفقتها تكون قد طبقت الفصل المذكور التطبيق الصحيح، ولا عبرة بما أدلت به من أنها لم تستجب لما تمسكت به الطالبة من تخصيص مسكن لها ما دام لم يثبت أن بيت الزوجية المعين في الحكم القاضي بالرجوع غير مستوف للشروط المقررة شرعا...».

- قرار عدد 66 الصادر في 2 فبراير 2005 في الملف الشرعي عدد 437/2/1/2004، (قرار غير منشور).

وراجع في نفس الاتجاه كذلك:

- القرار الشرعي الصادر عن محكمة النقض بتاريخ 31 ماي 2011، مجلة قضاء محكمة النقض، العدد 75، ص 127 وما بعدها.

كانت الزوجة في حالة طلاق[252]، لاعتبارات حمائية بالنسبة لذلك الحمل الذي قد يتضرر من ذلك الإيقاف، بل وتجب لها النفقة في هذه الحالة – أي حالة الحمل – ولو كانت مطلقة.

ويلاحظ أن القضاء المغربي في عمومه يجعل الأحكام القاضية بإيقاف نفقة الزوجة الناشز مشمولة بالنفاذ المعجل طبقا لأحكام الفصل 123 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، والذي حلت محله حاليا المادة 195 من مدونة الأسرة، وليس طبقا للأحكام المضمنة في قانون المسطرة المدنية.

ويجيب الأستاذ محمد السماحي في أطروحته على سؤال يتعلق بمدى إمكانية الحكم بإيقاف النفقة في طلب الحكم الآمر بالرجوع إلى بيت الزوجية:

«يكاد نص الفصل 123 يوحي بمثل ذلك، ولكننا نعتقد أن على الزوج المتضرر أن يتقدم بكل من الطلبين على حدة يلتمس الحكم بالرجوع أولا حتى إذا وقعت الاستجابة إلى مطلبه ولم ترتدع الزوجة ثبت نشوزها وحق له معاودة المحكمة يلتمس منها بناء على الحكم الأول الأمر بإيقاف نفقتها.

إن النص يتحدث عن الحكم بالرجوع والامتناع، ولا يتصور الامتناع مع الحكم بالرجوع إلا بعد تحريك تنفيذه وإصرار الزوجة على الرفض...»[253].

وأخيرا فمن البديهي أنه لكي تعتبر الزوجة ناشزا يجب أن يكون لها بيت تأوي إليه وأن لا توضع أمامها عراقيل تمنعها من ذلك. وفي هذا الإطار، جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«...إن محكمة الاستيناف لما اعتبرت أن وصف الزوجة بالناشز سابق لأوانه وعللت ذلك بكون الزوج يقيم ببلد أجنبي وأن انتقال الزوجة إلى تونس، حيث بيت الزوجية يتطلب من الزوج تسهيل الإجراءات اللازمة للخروج من المغرب في اتجاه بلد

---

252 - تنص الفقرة الثانية من المادة 196 من مدونة الأسرة على مايلي:
"المطلقة طلاقا بائنا إذا كانت حاملا، تستمر نفقتها إلى أن تضع حملها، وإذا لم تكن حاملا، يستمر حقها في النفقة فقط إلى أن تنتهي عدتها".

253 - محمد السماحي، التنفيذ المعجل للأحكام المدنية في القانون المغربي، أطروحة، طبع كلية الحقوق بالرباط، 1985، الدار البيضاء، ص 128.
- انظر كذلك:
- الطيب برادة، أصول التنفيذ الجبري قانونا وعملا، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء، 1987 ص 93 وما بعدها.

للمملكة، والثابت من الوثائق أن طلب الرجوع قدم من طرف وكيل الطاعن بالمغرب وأنه لم يقم بتنفيذ ما قضى به الحكم في الطلب المضاد من إفراد سكنى خاصة بالزوجة مما جاء معه القرار القاضي باستحقاقها النفقة وعدم إيقافها معللا تعليلا سليما...»[254].

وفي الأخير، وفي إطار المذهب المالكي المكمل لمدونة الأسرة تطبيقا للمادة 400 من مدونة الأسرة، فإن الناشز لا تسقط نفقتها مطلقا متى كانت حاملا، لأن هذا الأخير يقاسمها تلك النفقة. وهكذا، ففي متن الشيخ خليل أن نفقة الزوجة تسقط إن:

«... منعت الوطء والاستمتاع أو خرجت بلا إذن ولم يقدر عليها ولم تحمل...».

2 - بخصوص الزوجة المطلقة طلاقا رجعيا:

القاعدة أن المطلقة طلاقا رجعيا هي في حكم المتزوجة مادامت في عدتها، ومن ثمة فهي تستحق النفقة والكسوة والسكنى بإجماع الفقهاء، وهي التزامات شرعية تثقل كاهل الزوج المطلق. وقد يحدث أن تخرج المطلقة رجعيا من بيت عدتها، وفي هذه الحالة يسقط حقها في السكنى دون النفقة، انسجاما دائما مع المذهب الظاهري. وفي هذا الصدد، نصت الفقرة الأولى من المادة 196 من مدونة الأسرة على أنه:

«**المطلقة رجعيا يسقط حقها في السكنى دون النفقة إذا انتقلت من بيت عدتها دون موافقة زوجها أو دون عذر مقبول**».

والمطلقة بائنا تستحق في فترة عدتها السكنى دون النفقة، ما لم تكن حاملا بطبيعة الحال، حيث تستمر نفقتها وسكناها إلى أن تضع حملها على ما يستفاد من الفقرة الثانية من المادة 196 أعلاه، تطبيقا لعموم الآية القرآنية:

﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾[255]

خامسا - إثبات النفقة المتنازع بشأنها:

الزوج ملزم شرعا وبنصوص القانون بالإنفاق على زوجته وعلى أولادها منه ما

---

254 - قرار شرعي صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 22 نونبر 2006، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 68، ص 69 وما بعدها.

255 - الآية 239 من سورة البقرة.

لم تتزوجه فقيرا وهي عالمة بفقره[256]. وهي محمولة في غير السائل على عدم العلم وفي السائل على العلم لظهور حالته[257].

وقد ترفع الزوجة على زوجها دعوى أمام القضاء تدعي فيها أنه لا ينفق عليها، ويدعي زوجها من جهته العكس، ولا حجة لأي منهما.

لم يضع المشرع حلا لهذه المسألة، مع العلم أنه يصعب حلها بواسطة شهادة الشهود، ما دام أن الإنفاق يتم عادة داخل البيت، وهو مكان غالبا ما يكون مغلقا أمامهم.

اعتمد فقهاء المذهب المالكي في هذه الحالة على القرائن، فميزوا بين حالتين اثنتين:

1 ـ حالة حضور الزوج:

إذا كان الزوج حاضرا مقيما في البلد الذي تقيم فيه الزوجة، حائزا لها طيلة المدة التي تطالبه عنها بالنفقة، فإنه يصدق بادعائه الانفاق بعد أن يؤدي اليمين على ذلك[258]. وتطبيقا لهذه القاعدة، جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«...وفي حالة قيام الزوجية القول قول الزوج الحاضر مدعي الإنفاق بيمينه»[259].

---

256 - يقول الشيخ خليل:

«لا إن علمت فقره أو أنه من السؤال ».

257 - جاء في شرح الحطاب:

«وهي محمولة في غير السائل على عدم العلم وفي السائل على العلم لظهور حاله...».

والمقصود بالسائل من يمد يده إلى الناس لطلب المعونة المادية.

- م.س، المجلد الرابع، ص. 195.

258 - يقول الفقيه المالكي إبراهيم ابن فرحون في كتاب تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ما نصه:

«... يقبل قول الزوج أنه أنفق على زوجته إذا كان مقيما معها وادعت أنه لم ينفق عليها لشهادة العرف له...».

- م.س، الجزء الأول، ص. 250.

وانظر كذلك:

- التسولي، البهجة، مرجع سابق، الجزء الأول، ص. 388.

259 - قرار شرعي، صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 26 غشت 1978، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 29، ص. 125 وما بعدها.

ولا يكفي أن يكون الزوج حاضرا في البلد الذي تقيم به زوجته، وإنما يجب أن يكون حائزا لها، أي مساكنا لها. وهكذا فقد جاء في قرار آخر للمجلس الأعلى:

«مادام أن الزوجة التي تطالب بالنفقة كانت بمنزل والديها مع أبنائها ولم يثبت الزوج ادعاءه الانفاق، فإن القول قولها بيمينها... وأن المحكمة لما اعتبرت قول الزوج مع يمينه ورفضت دعوى النفقة تكون قد تجنبت الصواب مما يعرض قرارها للنقض...»[260].

وفي نفس الاتجاه، جاء في قرار آخر لنفس المجلس:

« إن القاعدة الفقهية المحتج بها ـ القول قول الزوج الحاضر مدعي الانفاق مع يمينه ـ لا تنطبق على النازلة إذ أن موضوع تطبيقها أن يكون الزوج حاضرا في البلد وأن تكون الزوجة في حوزته في حين أن الطاعن يوجد في بيت الزوجية مع زوجته الثانية وترك المطلوبة في بيت زوجها الأول المتوفى...»[261].

وهكذا، نلاحظ أن المجلس الأعلى لم يطبق القرينة فحسب وإنما حدد نطاقها كذلك.

2 ـ حالة غياب الزوج:

ينطلق الحل هنا من عدة فرضيات:

أ ـ إذا غاب الزوج عن البلد الذي تقيم فيه الزوجة، ثم لما حضر من غيبته طالبته

وراجع في نفس الاتجاه:

- قرار شرعي، صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 14 دجنبر 1982، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 31، ص. 89 وما بعدها.

260 - قرار شرعي، صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 14 فبراير 1978، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 26، ص. 140 وما بعدها.

261 - قرار شرعي صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 22 دجنبر 1992، منشور بمجلة المحاكم، العدد المزدوج 25 و26، ص. 205 وما بعدها.

ومن القرارات التي صدرت عن المجلس الأعلى في هذا الصدد كذلك:

«إن الطالبة ادعت عدم الإنفاق عليها وعلى أبنائها من المطلوب في النقض الغائب عنها بسيدي علال البحراوي باعترافه، وأنه ما دام قد ثبت أن الزوجة التي تطالب بنفقتها ونفقة أبنائها كانت بمنزل المطلوب في النقض بالقنيطرة... ولم يثبت ادعاءه الإنفاق، فإن القول قولها بيمينها...».

- قرار تحت عدد 1092 الصادر عن الغرفة الشرعية بالمجلس الأعلى في الملف الشرعي 96/5/304 (قرار غير منشور).

بنفقتها الواجبة لها في فترة غيابه، فادعى أنه ترك لها ما تنفقه أو أرسله إليها وأنكرت ذلك نكون هنا أمام فرضيتين:

- إذا أثبتت الزوجة أنها رفعت دعواها في غيابه تطالب بنفقتها منه، يكون القول قولها بيمينها.

- إذا لم تثبت أنها رفعت هذه الدعوى في غيابه، يكون القول قوله بيمينه، ما لم يقر بما تدعيه الزوجة[262].

وهذه القواعد هي التي تطبق من جانب القضاء المغربي وفي مقدمته محكمة النقض[263] الموجهة والموحدة لذلك القضاء.

سادسا - إثبات عدم الإنفاق بواسطة حكم أجنبي:

يجب التمييز في البداية هنا بين حالتين:

1 - حالة طلب تنفيذ حكم أجنبي يقضي على الزوج بالنفقة لصالح زوجته المدعية. وهنا لابد من اتباع إجراءات التذييل بالصيغة التنفيذية المنصوص عليها ضمن الفصلين 430 و431 من ق.م.م[264]. إذ الأمر هنا يتعلق أساسا بالتنفيذ.

---

262 - وتجب الإشارة إلى أن هذه الأحكام جميعها مستمدة من قول ابن عاصم الغرناطي:

ومن يغب عن زوجته ولم يدع   نفقة لها وبعد أن رجع

ناكرها في قولها في الحين   فالقول قوله مع اليمين

ما لم تكن لأمرها قد رفعت   قبل إيابه ليقوى ما ادعت

فيرجع القول لها مع الحلف   والرد لليمين فيما عرف

وحول الشرح، انظر:

- ميارة الفاسي، م.س، الجزء الأول، ص. 253 وما بعدها.

- التسولي، م.س، الجزء الأول، ص. 399 وما بعدها.

وفي نفس الاتجاه، جاء في متن الشيخ خليل:

« ...وفي إرسالها - أي النفقة - فالقول قولها إن رفعت من يومئذ لحاكم لا لعدول وجيران وإلا فقوله كالحاضر وحلف لقد قبضتها لا بعثها... ».

وانظر حول الشرح:

- الآبي الأزهري، م.س، الجزء الأول، ص. 406.

- الحطاب، م.س، ص. 205.

263 - (98) انظر مثلا:

- القرار عدد 263 في 14 ماي 2008، في الملف الشرعي عدد 2006/1/2/44 (غير منشور).

264 - نظم المشرع المغربي تذييل الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية ضمن مقتضيات الفقرة الثانية من المادة 128 من مدونة الأسرة غير أنه قصر حكم هذه المادة على الأحكام الخاصة بالطلاق أو بالتطليق أو بالخلع

2 - حالة إثبات الحكم الأجنبي لعدم أداء النفقة الواجبة على الزوج لصالح الزوجة، وهذه مسألة لا تقتضي المرور عبر المسطرة المضمنة بالفصلين 430 و431 من ق.م.م. أعلاه، ويتمثل سند ذلك فيما يلي:

أ - جاء في الفصل 418 من ق.ا.ع. أنه تُعَدّ أوراقا رسمية:

«الأحكام الصادرة من المحاكم المغربية والأجنبية، بمعنى أن هذه الأحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها».

ب - وجاء في قرار للمجلس الأعلى:

«...**الأحكام حجة فيما فصلت فيه، وأن الحكم الأجنبي حتى قبل صيرورته واجب التنفيذ يكون حجة على الوقائع التي يثبتها** حسب المنصوص عليه في الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود...»[265].

وجاء في قرار آخر:

«...الثابت من وثائق الملف أن الطالب استدل بحكم أجنبي قضى عليه بأدائه للمطلوبة نفقة أبنائها منه، لكن المحكمة استبعدته بعلة أنه لم يذيل بالصيغة التنفيذية مع أنه **حجة على الوقائع التي تضمنها والمبالغ التي حكم بها**... (الفصل 418 من ق.ا.ع)»[266].

سابعا - تقدير النفقة وتنفيذ الحكم القاضي بها:

رأينا سابقا أن النفقة تشمل الغذاء والكسوة والعلاج، وما يعتبر من الضروريات والتعليم للأولاد.

وإذا امتنع الزوج عن الإنفاق أمكن للزوجة أن ترفع دعوى بذلك إلى القضاء الذي عليه أن يقدر مبلغها وأن يحكم به، إضافة إلى أن المشرع خول لها رفع دعوى التطليق لعدم الإنفاق[267].

أو بالفسخ، لا غير.

265 - قرار شرعي صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 10 يناير 2007، منشور بمجلة المناهج، العدد المزدوج 11 و12، ص. 227 وما بعدها.

266 - قرار عدد 452 الصادر بتاريخ 12 يوليوز 2006 في الملف الشرعي عدد 2005/260، أشار إليه عبد الرحيم حاوضي في مقالة له تحت عنوان: «تنفيذ الأحكام الأجنبية وأثرها على الروابط الأسرية» منشور ضمن كتاب قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى في ذكراه الخمسين، م.س، ص. 230 وما بعدها.

267 - المادة 102 والمادة 103 من مدونة الأسرة.

وإذا كانت القاعدة في الفقه الإسلامي عموما هي أن النفقة تقدر بالاعتماد على الوضعية المادية للزوج انطلاقا من قوله تعالى:

﴿لينفق ذو سعة من سعته﴾[268].

فإن المذهب المالكي – إلى جانب المذهب الحنبلي[269] – قد أوجب في المشهور عنه مراعاة حالة الزوجة كذلك[270]، وهو ما تبنته مدونة الأسرة على ما يستفاد – وبكيفية

---

268 - الآية 7 من سورة الطلاق.

269 - يقول ابن قدامة، الفقيه الحنبلي المعروف:

«تجب على الرجل نفقة امرأته ما لا غنى لها عنه وكسوتها بالمعروف ومسكنها بما يصلح لمثلها وليس ذلك مقدرا لكنه معتبر بحال الزوجين...».

– المقنع، م.س، ج.3، ص: 307.

270 - لقد أفاض الفقهاء المسلمون في بحث أساس تقدير النفقة الواجبة على الزوج حيث تشعبت اتجاهاتهم. فذهب رأي وهو مذهب المالكية والحنابلة إلى أنه يعتد في تقديرها بحال الزوجين معا، فإن كانا موسرين فللزوجة نفقة الموسرين وإن كانا معسرين فلها نفقة المعسرين وإن كانا متوسطي الحال فلها نفقة المتوسطين. أما إذا كان أحدهما موسرا والآخر معسرا فعلى الزوج نفقة المتوسطين أيهما كان الموسر. فإذا كان الزوج هو المعسر وجب عليه أداء ما يمكنه دفعه فقط، وما زاد على ذلك يصبح دينا في ذمته يلزمه أداؤها عندما يصير موسرا.

يقول التسولي في البهجة:

«والنفقة بقدر وسعه وحالها».

- م.س، ص 390.

راجع كذلك:

- ابن جزي، كتاب القوانين الفقهية، م.س، ص 163.

- ابن قدامة، المغني، م.س، الجزء السابع، ص 564.

وذهب أبو حنيفة إلى أن تقدير النفقة يتم بحسب حال الزوجة على قدر كفايتها عملا بقوله تعالى: ﴿وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف﴾ والمعروف هو الكفاية، ولأنه سوى بين النفقة والكسوة، ومادامت الكسوة على قدر حالها فإن نفقتها يجب أن تكون كذلك. واستشهد القائلون بهذا الرأي أيضا بما روي عن الرسول الكريم ﷺ عندما قال لهند بنت عتبة زوجة أبي سفيان «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف» حيث العبرة بما يكفيها وأولادها وبما يدفع عنها حاجتها دون اعتبار لوضعية الزوج.

والعبرة عند الإمام الشافعي بحال الزوج دون الزوجة اعتمادا على قوله تعالى: ﴿لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها﴾.

- الآية 7 من سورة الطلاق.

انظر في هذا المعنى:

- محمد مصطفى شلبي، م.س، ص 430 وما بعدها.

- عبد الرحمن الجزيري، م.س، ص 238.

وبالنسبة لابن حزم الظاهري:

"فمن قدر على بعض النفقة والكسوة، فسواء قل ما يقدر عليه أو كثر، الواجب أن يقضى عليه بما قدر، ويسقط عنه ما لا يقدر، فإن لم يقدر على شيء من ذلك سقط عنه، ولم يجب أن يقضي عليه بشيء، فإن أيسر بعد ذلك قضي عليه من حين يسره، ولا يقضى عليه بشيء مما أنفقته على نفسها من نفقة أو كسوة مدة عسره"

صريحة – من الفقرة الثانية من المادة 189 والتي جاء فيها أنه:

«يراعى في تقدير ذلك التوسط ودخل الملزم بالنفقة، وحال مستحقها، ومستوى الأسعار والأعراف والعادات السائدة في الوسط الذي تفرض فيه النفقة».

وهكذا، فإن المشرع لم يعتبر حال الزوج وحال الزوجة فقط، وإنما أضاف إلى التقدير عناصر أخرى مثل مستوى الأسعار المتغيرة مكانا وزمانا، وما يقتضيه العرف والعادة، توجه قاضي الموضوع وهو بصدد إعمال سلطته في ذلك التقدير، طبقا للمادة 189 أعلاه.

ويقترب النص المغربي كثيرا من مقتضيات المادة 62 من قانون الأسرة القطري والتي صيغت بالكيفية الآتية:

«يراعى في تقدير النفقة سعة المنفق، وحال المنفق عليه، والأوضاع الاقتصادية زمانا ومكانا».

نعم، إذا وجد عرف، فالعرف قانون من المفروض أن يكمل النص التشريعي أعلاه.

2 ـ وحتى تصل المحكمة إلى تقدير عادل، فهي تعتمد ـ حسب المادة 190 من مدونة الأسرة ـ **« ... على تصريحات الطرفين وحججهما، مراعية أحكام المادتين 85 و189... ولها أن تستعين بالخبراء في ذلك».**

وفي هذا الصدد، جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«... إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، في إطار سلطتها التقديرية، ومن خلال ما استخلصته من وثائق الملف، حددت النفقة المحكوم بها معتبرة في هذا التحديد دخل الملزم بالنفقة وظروف مستحقيها ومستواهم المعيشي وعاداتهم الاستهلاكية والتوسط، فجاء بذلك قرارها وفق مقتضيات المادتين 189 و190 من مدونة الأسرة...»[271].

لقول الله عز وجل: ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾ (البقرة 286)، وقوله تعالى: "لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاها" (الطلاق 7) فصح يقينا أن ما ليس في وسعه ولا آتاه تعالى إياه، فلم يكلفه الله عز وجل إياه، وما لم يكلفه الله تعالى فهو غير واجب عليه وما لم يجب عليه فلا يجوز أن يقضى عليه به أبدا أيسر أو لم يوسر.

هذا بخلاف ما وجب لها من نفقة أو كسوة فمنعها إياها - وهو قادر عليها...

- المحلى، م.س، الجزء 11، ص. 156 و157.

271 - القرار عدد 463 المؤرخ في 12 أكتوبر 2005 في الملف الشرعي عدد 370/2/1/2005 (القرار غير منشور).

وجاء في قرار آخر:

« ... إن إجراء البحث من شأن السلطة التقديرية للمحكمة التي لها أن تستغني عنه إذا وجدت في الملف العناصر الكافية للبت في النازلة... »[272].

وتبقى مسألة تقدير النفقة من أبرز المشاكل التي يواجهها قضاء الأسرة بالمغرب في العديد من النزاعات التي تطرح عليه، لضعف الأجور، وارتفاع بدل الأكرية، ومقابل بعض الخدمات التي تقدمها الدولة للمواطنين من ماء وكهرباء وغاز، بالإضافة إلى كثرة أولاد الزوج، وأحيانا آباء يستحقون النفقة بدورهم. والزوج المطالب بالنفقة لا يتمسك بذلك وحسب وإنما يدعمه بالحجج. لذلك فيجب علينا أن لا نلوم القضاء كلما لاحظنا أنه حكم للزوجة بنفقة زهيدة جدا. ونعود فنؤكد أن الزوجة التي تتزوج بفقير لا يمكن لها أن تطالبه بنفقة تفوق طاقته لأن الله لا يكلف نفسا إلا وسعها.

نعم، هناك أزواج أغنياء يدعون الفقر من أجل الحكم عليهم بنفقة زهيدة والزوجة تعجز عن إثبات خلاف ما يدعيه الزوج. وهذه مسألة لا لوم للقضاء فيها لأنه ملزم بقاعدة شرعية وقانونية تقضي بأن من يدعي شيئا عليه أن يثبته.

3 - وحسب الفقرة الأخيرة من المادة 190:

« **يتعين البت في القضايا المتعلقة بالنفقة في أجل أقصاه شهر واحد** ».

ومن البديهي أن مدة الشهر هي عبارة عن أجل تحفيزي قصد منه الإسراع بإصدار حكم النفقة نظرا لطابعها المعيشي، حيث يستحيل عمليا احترام ذلك الأجل في كافة الظروف والأحوال. لاعتبارات إجرائية وموضوعية في مقدمتها اكتضاض المحاكم بالملفات وتأخيرها لأسباب غالبا ما تكون وجيهة، ومن ذلك التغيبات وطلب المهل.

منشور).

وفي قرار آخر:

«... إن تقدير النفقة وتوابعها من سلطة محكمة الموضوع إن هي أقامته على أسباب سائغة وإذ هي قضت بالرفع من واجب النفقة... مراعية في ذلك دخل الزوج بوصفه متقاعدا ويتقاضى راتبا قدره ستة آلاف درهم إضافة إلى ما يتوفر عليه من اعتماد في البنك وعلى ما صرح به من مدخوله الشهري من عقاراته التي يستفيد من كرائها تكون قد أقامت قضاءها على أساس... ».

- قرار شرعي عدد 260 بتاريخ 14 ماي 2008 في الملف الشرعي عدد 2007/1/2/704 (غير منشور).

272 - القرار عدد 456 المؤرخ في 12 أكتوبر 2005 في الملف الشرعي 233/2/1/2005، (قرار غير منشور).

4 - وحسب الفصل 179 مكرر من قانون المسطرة المدنية:

« **يبت في طلبات النفقة باستعجال...** »

وهذا النص في حقيقته هو تكرار للحكم المنصوص عليه في الفقرة الأخيرة من المادة 190 أعلاه، وإن اختلفت الصياغة شكلا بين المقتضيين.

5 - والحكم الصادر في دعوى النفقة - وخلافا للقواعد العامة الإجرائية - لا يستنفذ أثره كله بمجرد تنفيذه، وإنما يستمر في ترتيب ذلك الأثر في المستقبل بالنسبة للنفقات التي لم تؤد ولم تكن محل طلب، وهو ما يستفاد من الفقرة الأخيرة من المادة 191 من مدونة الأسرة وتنص على أنه:

«**الحكم الصادر بتقدير النفقة يبقى ساري المفعول إلى أن يصدر حكم آخر يحل محله، أو يسقط حق المحكوم له في النفقة**».

والظاهر أن هذه القاعدة التشريعية الأخيرة، إنما هي في واقع الأمر ردة فعل منطقية ضد المتاعب الكبرى التي كانت تتعرض لها الزوجة أو المطلقة، بسبب أن الحكم القضائي كان تنفيذه قاصرا على مضمونه وحده والمرتبط بفترة زمنية سابقة على الحكم، أو على الأقل مرتبطة بوقت صدوره. وهو مما كان يغرق الزوجة في دعاوى النفقة.

6 - وتطبيقا للفصل 119 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة والذي حلت محله المادة 189 من مدونة الأسرة حاليا، قرر المجلس الأعلى أن الزوج الذي يرفع إلى المحكمة ملتمسا يطلب منها فيه مراعاة حالته المادية ونسبة أجرته وما هو ملزم به من نفقات أخرى، يجب أن يكون له رد من طرف المحكمة وإلا كان حكمها معرضا للنقض[273].

وفي قرار آخر، قرر نفس المجلس أنه يجب على المحكمة قبل أن تحكم على الزوج بنفقة الزوجة أن تأمر بإجراء بحث حول وضعية الزوج المالية وحالة الزوجة الاجتماعية وإلا تعرض حكمها للنقض[274]، مع العلم أن محكمة الموضوع تعفى من ذلك البحث إن كان بالملف ما يغنيها عن ذلك[275].

---

273 - قرار 22 أبريل 1968، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 4، ص 72 وما يليها.

274 - قرار 12 يوليوز 1972 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 25، ص 143 وما بعدها.

275 - راجع قرار المجلس الأعلى الصادر في 12 أكتوبر 2005 وقد سبقت الإشارة إليه.

وقد تقرر في قرار ثالث:

«... قضاة الموضوع لهم الصلاحية في تحديد قدر النفقة بعد أن تتوفر لهم العناصر الراجعة إلى اعتبار الأسعار وعادة أهل البلد وحال الطرفين كما أنهم غير مجبرين بالأخذ بالقدر المطالب به إذ بوسعهم الحكم بأقل منه أو أكثر...»[276].

7 ـ ولأن الوضعية المادية للزوج غير قارة غالبا إذ من المحتمل جدا أن تتحسن بين يوم وليلة، كما أنه من المحتمل جدا أن تسوء بين عشية وضحاها، فليس هناك ما يمنع كلا من الزوج والزوجة كل حسب مصلحته من أن يطلبا من المحكمة المختصة إعادة النظر في التقدير الذي سبق لها أن قررته، بعد مرور سنة إلا في الأحوال الاستثنائية[277] والمقصود بطبيعة الحال التقدير الذي تقوم به المحكمة في إطار مقتضيات المواد من 189 إلى 192 من مدونة الأسرة[278].

وحسب المادة 192 من مدونة الأسرة، يعاد النظر في تقدير مبلغ النفقة سواء سبق تحديدها عن طريق القضاء أو عن طريق الاتفاق. وقد قرر المجلس الأعلى في هذا الصدد أنه:

«طبقا للمادة 192 من مدونة الأسرة، يجوز مراجعة النفقة المفروضة رضاء أو قضاء والمحكمة لما استجابت لطلب رفع نفقة البنت «ن.» المحددة في عقد الخلع

---

276 - قرار ثالث أبريل 1990، منشور بمجلة "الإشعاع" العدد الخامس، ص 185 (القرار مصحوب بتعليق للأستاذ عمر بوخدة).

277 - تنص المادة 192 من مدونة الأسرة على أنه:

«لا يقبل طلب الزيادة في النفقة المتفق عليها، أو المقررة قضائيا أو التخفيض منها، قبل مضي سنة، إلا في ظروف استثنائية».

وتقدير الظروف الاستثنائية مسألة موضوعية تندرج ضمن السلطة التقديرية للمحكمة التي تنظر في النزاع والتي عليها أن تعلل موقفها في هذا الصدد

278 - هذا التقدير هو في الوقت الراهن من اختصاص المحكمة لا من اختصاص قاضي التوثيق خلافا لما كان الأمر عليه في إطار مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

جاء في قرارا للمجلس الأعلى :

«... إن تقدير النفقة من سلطة محكمة الموضوع والمحكمة لما قضت بالزيادة تكون قد استعملت سلطتها وبنتها على حالة الطرفين المادية والاجتماعية وباقي عناصر التقدير، مما يجعل الأسباب المثارة غير مؤسسة ويتعين بالتالي رفضها...».

- قرار عدد 480 الصادر في 19 أكتوبر 2005 في الملف الشرعي عدد 130/2/1/2005، (قرار غير منشور).

وانظر قرار مشابها :

- القرار عدد 509 بتاريخ 9 نونبر 2005 في الملف الشرعي عدد 313/2/1/2005، (غير منشور).

باتفاق الطرفين والتي مضى على تحديدها أكثر من سنة، فإنها تكون قد جعلت لقضائها أساسا صحيحا...»[279].

ومن الناحية الإجرائية، فالثابت أن تقدير النفقة كأصل يعد من المسائل الواقعية التي تدخل ضمن السلطة التقديرية لقضاء الأسرة، علما بأن هذا الأخير يجب عليه أن يبرز من خلال أسباب حكمه العناصر المعتمدة في ذلك التقدير وإلا عرض حكمه للنقض[280] هذا مع العلم أن مسألة التبرير هي مطروحة ليس

---

279 - قرار شرعي صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 18 أبريل 2007، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد 68، ص. 94 وما بعدها.

280 - جاء في أطروحتنا، رقابة المجلس الأعلى على محاكم الموضوع في المواد المدنية، الجزء الأول، الصفحة 273 و274:

«يستقل قاضي الموضوع بتقدير مبلغ النفقة دون رقابة عليه من طرف المجلس الأعلى، إلا أنه يبقى ملزما ـ من حيث قواعد التعليل ـ بأن يبين في حكمه أنه راعى في هذا التقدير مجموعة من العناصر أو الأمور التي أوجب عليه المشرع مراعاتها، وإلا عرض حكمه للنقض.

فقد نصت الفقرة الأولى من الفصل 119 من مدونة الأحوال الشخصية أنه: "يراعى في تقدير النفقة وتوابعها يسر الزوج وحال الزوجة وعادة أهل البلد وحال الوقت والأسعار مع اعتبار التوسط..." وفي نفس الاتجاه جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«إن الحكم اقتصر في التعليل على القول بأن المدعى عليه استكثر ما حكم به عليه ـ وحيث لم يبين وسع ولا حال المدعية عليه وأن استعمال السلطة التقديرية لابد من بيان ما يبررها».

قرار 11 فبراير 1980، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 30، ص 83 وما بعدها.

ـ انظر في نفس الإطار:

ـ قرار 16 مارس 1970، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 128، ص 98 وما بعدها.

وجاء في قرار لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء:

«بأن النفقة تخضع في تقديرها لسلطة القضاء، غير أن هذه السلطة قد جعل لها المشرع سببا يحفظها من طغيان هذه السلطة مدا وجزرا ففي التحفة:

وكل ما يرجع لافتراض	موكول إلى اجتهاد القاضي
بحسب الأقوات والأعيان	والسعر والزمن والمكان

وقد جاءت المدونة بهذه القاعدة في فصلها 118 و127 حيث حددت الأسس التي على ضوئها يجب أن تحدد مبالغ النفقة...».

ـ قرار 28 فبراير 1990، منشور بمجلة المحاكم المغربية، العددان 64 و65، ص 177 وما بعدها.

وكل هذه المواقف تنسجم مع أحكام مدونة الأسرة. وفي هذا الإطار جاء مثلا في قرار حديث للمجلس الأعلى:

«... إن الطاعن دفع أمام محكمة الاستئناف بأن البنت خدمهم تعمل بالديار السعودية وأنها قادرة على الكسب واستدل على ذلك بمحضر معاينة... إلا أن المحكمة لم ترد على هذه الوثيقة بشيء ولم تناقشها مما كان معه قرارها معرضا للنقض...».

ـ القرار عدد 424 الصادر في 21 شتمبر 2005 في الملف الشرعي عدد 631/2/1/2004، (قرار غير منشور).

بالنسبة للمحاكم الابتدائية وحدها، وإنما هي مطروحة بالنسبة لمحاكم الاستئناف كذلك[281].

ولأن للنفقة طابعا معيشيا[282] فقد تقرر، في انتظار الحسم في الدعوى، أن يحكم بنفقة مؤقتة خلال شهر من طلبها مع اعتبار صحة الطلب والحجج التي يمكن الاعتماد عليها وأن تنفيذها يكون بقوة القانون وقبل التسجيل، وبمجرد الإدلاء بنسخة الحكم[283].

وفي النهاية، فقد قرر القضاء المغربي أنه يمكن للزوجة أن تترك إلى المحكمة مسألة تقدير النفقة الواجبة لها، وأن ذلك لا يتعارض مع الفصلين 3 و32 من ق.م.م[284].

ومن البديهي أن الأحكام التي وضعها المشرع بشأن تقدير النفقة هي الواجبة التطبيق سواء كانت العلاقة الزوجية قائمة أو انتهت بطلاق أو تطليق، مع العلم أن المتوفى عنها زوجها لا نفقة لها في الفقه الإسلامي عموما، وفي الفقه المالكي على وجه الخصوص[285].

---

281 - ومن الناحية المسطرية الصرفة يمكن لمحكمة الاستئناف أن تتبنى موقف المحكمة الابتدائية جملة وتفصيلا، وفي هذه الحالة يعتبر القرار صادرا عن محكمة الاستئناف، وهذا القرار هو الذي يقبل الطعن بالنقض أمام المجلس الأعلى طبقا للفصلين 353 و359 ق.م.م، جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«حقا، حيث إن ما أثارته الطاعنة صحيح، فقد أرفقت بمقالها الافتتاحي ثمانية فواتير و خمس وصفات طبية وثلاثة تواصيل من بين ذلك توصيل رقم... الذي قضت المحكمة بالمبلغ الوارد فيه وسكتت عن الباقي ولم ترد على ذلك بأي شيء وخاصة الفاتورة المعتمدة لدى المحكمة الابتدائية رقم... والتي تتضمن مبلغ... ومن جهة أخرى فإن الحكم الابتدائي قضى بمبلغ 500 درهم بما في ذلك النفقة وأجرة الحضانة واستأنفته الطاعنة معتبرة أن المبلغ غير مناسب لكون المدعى عليه تاجرا وملاكا ومحكمة الاستئناف خفضت المبلغ إلى 300 درهم بدعوى أن دخل المستأنف عليه ضعيف بدون أن تبين من أين استنتجت ما عللت به قرارها الشيء الذي كان معه القرار ناقص التعليل وهو بمثابة انعدامه...».

- صادر في 28 يناير 1997 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد مزوج 53 و 57 ، ص 172 وما بعدها.

282 - قرار 12 دجنبر 1984، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 128، ص 98 وما بعدها.

283 - راجع الفقرة الثانية والثالثة من الفصل 179 مكرر من قانون المسطرة المدنية.

ولمزيد من التعمق حول موضوع الحكم بالنفقة المؤقتة، راجع:

- حساين عبود، القضاء بالنفقة المؤقتة، بحث منشور ضمن أشغال ندوة قضايا الأسرة من خلال اجتهادات المجلس الأعلى في ذكراه الخمسين، م.س، ص. 307 وما بعدها.

284 - قرار المجلس الأعلى بتاريخ 3 أبريل 1990، منشور بمجلة الإشعاع، العدد 5، ص 185 (القرار مصحوب بتعليق للأستاذ عمر بوخدة).

- وكذلك قرار المجلس الأعلى، عدد 627، الصادر في 8 يونيو 2000 في الملف الشرعي، عدد 449/2/2000 (قرار غير منشور).

285 - جاء في التحفة مثلا:

ومن البديهي كذلك - وحسب قرار للمجلس الأعلى - أنه لا محل لإعادة النظر في النفقة متى اتفق المطلق مع مطلقته على مبلغها، لأن الإتفاق في هذه الحالة هو شريعة للمتعاقدين[286]، وهو مبدأ لا يعرف أي قيد في التشريع المغربي الحالي.

8 - بين المشرع عناصر النفقة من خلال المادة 189 من مدونة الأسرة، حيث من المفروض أن تقدر المحكمة هذه العناصر كلا على حدة. غير أن المجلس الأعلى قد قرر أنه لا مانع يمنع هذه المحكمة من أن تقدر تلك العناصر في مبلغ إجمالي شامل لها[287]، أي يغطي كل تلك العناصر جملة واحدة.

9 - وبخصوص وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة، تنص المادة 191 من مدونة الأسرة على ما يلي :

«تحدد المحكمة وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة، وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه، أو اقتطاع النفقة من منبع الريع أو الأجر الذي يتقاضاه، وتقرر عند الاقتضاء الضمانات الكفيلة باستمرار أداء النفقة».

وفي حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمدينة طانطان تم الحكم «باقتطاع مبلغ النفقة والحضانة وواجب سكنى الابنين... من الأجر الذي يتقاضاه المدعى عليه من بلدية مدينة... وتحويله للمدعية إلى حين سقوط الفرض شرعا أو تعديلها...»[288].

10 - التنفيذ المعجل للأحكام الصادرة في طلبات النفقة:

جاء في مطلع الفصل 179 مكرر من ق.م.م:

«يبت في طلبات النفقة باستعجال وتنفذ الأوامر والأحكام في هذه القضايا رغم كل طعن».

وفي الوفاة تجب السكنى فقد   في داره أو ما بكــــرائه نقــــد

ونقرأ في الشرح :

«...كل حامل لها النفقة والكسوة إلا المتوفى عنها...».

- محمد بن يوسف الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1994، ص 120.

286 - راجع قرار المجلس الأعلى الصادر في 3 أبريل 1990، مشار إليه في كتاب: ذ. إدريس بلمحجوب حول الاجتهاد القضائي في مادة الأحوال الشخصية، الرباط، 1995، ص83.

287 - القرار عدد 513 المؤرخ في 23 نونبر 2005 في الملف الشرعي عدد 497/2/1/2005

288 - حكم رقم 257 بتاريخ 28 شتنبر 2004 في الملف عدد 168/2004 شخصي، منشور بمجلة قضاء الأسرة، العدد الأول، ص. 95 وما بعدها.

وهكذا، وحسب هذا المقتضى، فالتنفيذ المعجل للأحكام والأوامر المتعلقة بالنفقة مقرر بقوة القانون لا يحتاج إلى أن يقدم بشأنه طلب، ولا إلى النص عليه في صلب الحكم، وليس لمحكمة الاستئناف أن توقفه. وفي هذا الصدد، جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«...الأوامر الصادرة في طلبات النفقة تنفذ بقوة القانون الأمر الذي يجرد محكمة الاستيناف من سلطة البت في طلب إيقاف التنفيذ قبل البت في موضوع الاستيناف المرفوع إليها...»[289].

وهذا الموقف هو بكل بساطة تطبيق لمقتضيات الفصل 179 مكرر من ق.م.م. وقد سبقت الإشارة إليه.

ثامنا- مسألة الاختصاص بشأن الأمر بأداء النفقة المؤقتة:

يعرف موضوع الاختصاص بالأمر بالنفقة المؤقتة اختلافا كبيرا على مستوى الممارسة القضائية العملية. وسبب الاختلاف الصياغة التي وضع بها المشرع مقتضيات الفقرات الأربع الأولى من الفصل 179 من ق.م.م قبل إعادة النظر فيها[290] والتي كانت تنص على أنه:

«تطبق في قضايا الأحوال الشخصية مقتضيات القسم الثالث والبابين الأول والثاني من القسم الرابع إذا لم تكن مخالفة لمقتضيات هذا الباب[291].

يبت في طلبات النفقة على شكل استعجالي وتنفذ الأوامر في هذه القضايا رغم كل طعن.

ريثما يصدر الحكم في موضوع دعوى النفقة للقاضي أن يحكم بنفقة مؤقتة لمستحقيها في ظرف شهر من تاريخ طلبها مع اعتبار صحة الطلب والحجج التي يمكن الاعتماد عليها.

وينفذ هذا الحكم قبل التسجيل وبمجرد الإدلاء بنسخة منه».

---

289 - قرار صادر عن المجلس الأعلى - الغرفة الاجتماعية - بتاريخ 9 مارس 1977، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 128، ص. 98 وما بعدها.

290 - ألغى المشرع الفصل 179 من ق.م.م وعوضه بالفصل 179 والفصل 179 مكرر. ورغم ذلك فالإشكال المطروح والذي سنناقشه لازال قائما.

291 - والمقصود الفصول 148 و149 و154 من قانون المسطرة المدنية.

يرى البعض أن هذا الاختصاص يعود لرئيس المحكمة الابتدائية باعتباره قاضيا للمستعجلات في إطار الفصل 149 ق.م.م ولو كانت دعوى النفقة قد عرضت على أنظار محكمة الموضوع[292]، ويرى البعض أن هذا الاختصاص يعود لقاضي الموضوع بصفته هذه وليس بصفته قاضيا للمستعجلات[293]، ويرى البعض أن هذا الاختصاص تحكمه القواعد العامة فيدخل في اختصاص محكمة الموضوع كأصل غير أن هذا الاختصاص ينتقل إلى قاضي الأمور المستعجلة متى توفرت الشروط التي وضعها الفصل 152 من قانون المسطرة المدنية[294]، وهي توفر عنصر الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق.

يقول عبد اللطيف هداية الله منتقدا هذه الآراء:

«وإذا كنا لا نشاطر الرأي الأول جملة وتفصيلا، فإننا أيضا لا نشاطر الرأي الثاني في شق منه وذلك حينما فسر عبارة «على شكل استعجالي» بالسرعة دون أن يجيز تطبيق قاضي الأحوال الشخصية للمسطرة الاستعجالية في الفصل 179 مسطرة، كما لا نشاطر الرأي الثالث في شق منه وذلك حينما أشرك قاضي المستعجلات مع قاضي الموضوع في البت في دعاوى النفقة المؤقتة.

فبالرجوع إلى العبارات الثلاث المذكورة آنفا، يتضح أن المقصود بعبارة «طلبات النفقة» الطلبات الرامية إلى الحكم بالنفقة عموما أي سواء كانت نفقة مؤقتة أو عادية. أما عبارة على «شكل استعجالي» فيقصد بها تطبيق المسطرة الاستعجالية وليس فقط الإسراع في البت، فالمشرع من خلال الفصل 179 من قانون المسطرة المدنية لا يحث القضاة فقط على الإسراع في البت في دعاوى النفقة، وإنما أجاز لهم صراحة الاستفادة من المسطرة الاستعجالية كقضاة المستعجلات...»[295].

---

292 - أمر رئيس المحكمة الابتدائية بالرباط صادر في 31 دجنبر 1990، منشور بمجلة الإشعاع، ع 8، ص 166.

293 - محمد السعيد بنسلام حول تطبيق التعديل الوارد في الفصل 197 من ق.م.م، مجلة المحامي، العدد 12، ص 29 وما بعدها.

وانظر في نفس الاتجاه دائما الأمر الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بالقصر الكبير بتاريخ 13 مارس 1991، منشور بمجلة الإشعاع، العدد 8، ص 165.

294 - ينص الفصل 152 من ق.م.م. على ما يلي:

«لا تبت الأوامر الاستعجالية إلا في الإجراءات الوقتية ولا تمس بما يمكن أن يقضى به في الموضوع».

انظر من أجل التوسع:

- الحسين زعرض، موقف القضاء الاستعجالي المغربي من طلبات النفقة المؤقتة، بحث منشور بمجلة الإشعاع، العدد 8، ص 170.

295 - القضاء المستعجل في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء 1998، ص 458.

وفيما يقوم لدينا من اعتقاد متواضع، فإن المهم عندنا هو توحيد موقف المحاكم بشأن الإشكال المطروح، أخذا بعين الاعتبار فلسفة المشرع من تقرير مضمون المقتضيات التي نحن بصدد مناقشتها.

ونحبذ موقف الفقيه عبد اللطيف هداية الله الذي يعطي الاختصاص لقاضي الموضوع بالنظر في دعوى النفقة سواء كانت مؤقتة أو نهائية، مع استفادته من المسطرة الاستعجالية، خاصة أن الحكم الصادر لا يمكن إلا أن يكون ماسا بموضوع النزاع بهذه الكيفية أو تلك، سواء تعلق الأمر بنفقة مؤقتة أو نفقة نهائية، وسندنا في ذلك أن المشرع نفسه قد تحدث عن البت في طلبات النفقة بشكل استعجالي دون أن يشير إلى قاضي الأمور المستعجلة بهذه الكيفية أو تلك[296].

وفي هذا الإطار دائما، جاء في أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بسوق أربعاء الغرب:

«قاضي المستعجلات غير مختص بالبت في طلبات النفقة المؤقتة لأنها طلبات احتمالية...»[297].

تاسعا ـ مؤيدات النفقة:

نقصد بمؤيدات النفقة مختلف القواعد التي وضعها المشرع بقصد حمايتها، وهي قواعد متعددة الأبعاد والمرامي.

ونشير إلى أن الأستاذ عبد اللطيف هداية الله قد عرض للمواقف أعلاه بدقة. انظر في هذا الصدد الصفحة 457 و458 و459 بهوامشها.

296 - واستفادة قاضي الموضوع من المسطرة الاستعجالية في بعض القضايا الخاصة مسألة سائدة في التشريع الإجرائي المدني الفرنسي، فحسب جانب هام من الفقه الفرنسي:

« En certaines circonstances, le législateur se borne simplement à décider que le juge qu'il désigne statuera « en la forme des référés » ou « comme en matière de référé ». Dans tous ces cas, l'emprunt au référé se limite en principe à la procédure qui doit être suivie et, pour le reste, le juge statue comme le ferait un juge du principal ; notamment, la contestation sérieuse importe peu et la décision rendue est non point une ordonnance de référé, mais un véritable jugement... ».

— H. Solus et R. Perrot, op. cit., n° 1270.

297 - أمر استعجالي صادر بتاريخ 13 مارس 1991، منشور بمجلة الإشعاع، العدد 8، ص. 164.

1 ـ الحماية الجنائية للنفقة:

بعد ما بين المشرع في الفصل 479 من القانون الجنائي الأحكام الخاصة بجريمة إهمال الأسرة والعقوبة المخصصة لها، أضاف في الفصل 480 من نفس القانون ما يلي:

«يعاقب بنفس العقوبة من صدر عليه حكم نهائي أو قابل للتنفيذ المؤقت بدفع نفقة إلى زوجه أو أحد أصوله أو فروعه وأمسك عمدا عن دفعها في موعدها المحدد.

وفي حالة العود يكون الحكم بعقوبة الحبس حتميا.

والنفقة التي يحددها القاضي تكون واجبة الأداء في محل المستحق لها ما لم ينص الحكم على خلاف ذلك».

* عناصر قيام الجريمة:

من الواضح جدا أن تطبيق مقتضيات هذا النص في جانبها المتعلق بحماية النفقة الواجبة للزوجة يقتضي بداهة ـ وكشرط أولي ـ توافر عنصرين أساسيين مفترضين هما:

أ ـ قيام رابطة زوجية صحيحة أو وجود الزوجة في عدة من طلاق رجعي:

إن عقد الزواج الصحيح المستجمع لكافة أركانه وشروط صحته ـ وبالشكل السابق بيانه ـ هو مناط وجوب النفقة للزوجة على زوجها[298]، وإن كانت هذه النفقة تتأخر في التشريع المغربي إلى حين البناء بالزوجة أو الدعوة إليه من طرفها[299].

وعليه، فلا نفقة للزوجة متى كان عقد الزواج باطلا أو فاسدا وبالتالي فلا مجال للحديث عن الحماية الجنائية للنفقة في هذا الصدد:

---

298 - فبخلاف الصداق الذي يتأكد بالبناء سواء كان العقد صحيحا أو فاسدا، فإن النفقة ترتبط بالعقد الصحيح وجودا وعدما، مع العلم أن المطلقة رجعيا تعد خلال فترة عدتها في حكم المتزوجة تجب لها النفقة والسكنى كاملتين:

راجع المادة 84 من مدونة الأسرة.

299 - راجع المادة 194 من مدونة الأسرة.

ولا مجال للحديث عن نفقة الزوجة المطلقة طلاقا بائنا أو المتوفى عنها زوجها ما لم تكن حاملا.

ب ـ تقرير النفقة بحكم قضائي نهائي أو مؤقت:

لا يكفي لمتابعة الزوج جنائيا في إطار مقتضيات الفصل 480 المشار إليه أعلاه، أن يمتنع الزوج المعني عن أداء النفقة المفروضة عليه لصالح زوجته، بل يتعين فوق ذلك أن يصدر بشأنها – أي النفقة – حكم قضائي نهائي يلزمه بأدائها أو حكم قابل للتنفيذ المؤقت يمسك عمدا عن تنفيذه، مع العلم أن الأحكام القاضية على الزوج بالنفقة ـ وطبقا للفصل 179 مكرر من ق.م.م - هي مشمولة دائما بالنفاذ المعجل بحكم القانون[300].

وبالإضافة إلى العنصرين السالفين، لابد من توافر الركن المادي والركن المعنوي لهذه الجريمة، مع ملاحظة أساسية وهي أن تحريك الدعوى العمومية في هذا الصدد يتوقف على تقديم شكوى من الزوجة، وإلا وجب الحكم بعدم قبول تلك الدعوى.

أ ـ الركن المادي للجريمة:

يتمثل الركن المادي لجريمة الامتناع من أداء النفقة المنصوص عليها ضمن الفصل 480 من ق.ج. في الامتناع عمدا عن دفع مبلغ النفقة المحكوم به قبل أو بعد صيرورة الحكم نهائيا، وإن كان المشرع المغربي ـ وطبقا للفقرة الثالثة من الفصل 481 من نفس القانون ـ قد أوجب منح الزوج مهلة لا يمكن أن تتجاوز خمسة عشر يوما لكي يسدد ما حكم به عليه[301]، خلافا لبعض المشرعين الذين اعتمدوا آجالا

300 - ومعنى ذلك أن للزوجة أن تطالب بالنفقة بعد صدور الحكم الابتدائي القاضي بها مباشرة، ولها ـ حسب اختيارها ـ أن تنتظر حتى يصير الحكم نهائيا، والحكم النهائي هو الذي استنفذ طرق الطعن العادية وهي الاستئناف والتعرض.

انظر حول هذه النقطة الأخيرة:

ـ أحمد أبو الوفاء، المرافعات المدنية والتجارية، منشأة المعارف بالأسكندرية (ت.غ.م)، ص 699 وما بعدها.

301 - تنص هذه الفقرة على ما يلي:

«... ويجب أن يسبق المتابعة إعذار المخل بالواجب أو المدين بالنفقة بأن يقوم بما عليه في ظرف خمسة عشر يوما...».

أطول[302].

ب ـ الركن المعنوي للجريمة:

تعد جريمة الامتناع عن أداء النفقة المحكوم بها لصالح الزوجة في إطار الفصل 480 من ق.ج جنحة عمدية، ومفاد ذلك أنه لا يتصور ارتكابها إطلاقا عن طريق الخطأ.

يقرر المشرع وهو يخاطب الزوج المتابع:

«...وأمسك عمدا عن دفعها في موعدها المحدد...».

ويتوافر القصد الجنائي عمليا في الجريمة التي نحن بصددها متى أخطر – أي أعلم – الزوج بالحكم الذي صدر ضده والذي يلزمه بأداء مبلغ النفقة إلى زوجته، ومع ذلك رفض الامتثال له، أي انصرفت إرادته إلى التملص منه بعدم الانصياع للحكم المذكور، بشرط أن يكون قادرا على الدفع. ومعناه أن القصد الجنائي لا يكون متوافرا إلا عندما يكون الامتناع عن الأداء اختياريا، أما إذا كان مرده إلى عدم القدرة على الوفاء، فينتفي ذلك القصد في نظرنا، خلافا لما تتجه بعض مصالح النيابة العامة بالمغرب والتي تتوقف عند حرفية النص، دون أي اعتبار إنساني آخر.

ج ـ توقف المتابعة على شكوى صادرة عن الزوجة:

تنص الفقرة الثانية من الفصل 481 من ق.ج على أنه:

«لا يجوز رفع هذه الدعاوى، إلا بناء على شكوى من الشخص المهمل أو

وفي هذا الصدد يراجع قرار المجلس الأعلى الصادر في 14 أبريل 1994، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 47، ص 224 وما بعدها.

302 - وتتفاوت هذه المدة من تشريع لآخر، فهي وحسب الفصل 481 أعلاه لا يمكن أن تتجاوز خمسة عشر يوما لكي يؤدي الزوج ما عليه، وفي التشريع الجنائي العراقي: «خلال الشهر التالي لإخبار من صدر عليه الحكم بتنفيذه» (م 384 من قانون العقوبات) وفي التشريع التونسي خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور الحكم (الفصل الأول من الأمر المؤرخ في 22 ماي 1926 المعدل بالأمر الصادر في 13 شتنبر 1928) ولمدة تزيد عن شهرين في القانون الموريتاني (م 336 من القانون الجنائي) وشهران فقط في القانون السوري (م 488 من قانون العقوبات) ومدة لا تتجاوز شهرين في القانون الجزائري (م331 من قانون العقوبات) وثلاثة أشهر في القانون المصري (م293 من قانون العقوبات). مقال

- موسى مسعود أرحومة، جريمة الامتناع عن أداء النفقة الزوجية في القانون الجنائي الليبي والمقارن، منشور بمجلة الحقوق الكويتية العدد 22، السنة 24، يونيو 2000، ص 277 وما بعدها.

المستحق للنفقة أو نائبه الشرعي، مع الإدلاء بالسند الذي يعتمد عليه، غير أنها ترفع مباشرة من طرف النيابة العمومية عندما يكون النائب المذكور هو المقترف للجريمة».

فحسب المستفاد من هذا المقتضى التشريعي، أنه لا يمكن للنيابة العامة أبدا أن تحرك المتابعة الجنائية ضد الزوج الممتنع عن تنفيذ الحكم القاضي عليه بأداء نفقة زوجته إلا بعد توصلها بشكوى بذلك من الزوجة صاحبة المصلحة، أو ممن ينوب عنها بكيفية قانونية صحيحة، ما لم يكن هذا النائب هو المقترف للجريمة.

وطبقا للقواعد العامة لقانون المسطرة الجنائية، فللزوجة أن تتنازل عن شكواها، وهو ما يؤدي عمليا إلى غض الطرف عن المتابعة أو وقفها إن كانت قد تم الشروع في تنفيذ إجراءاتها[303].

والظاهر أن ربط المتابعة بشكوى صادرة عن الزوجة في هذه الحالة إنما يمليه وجوب الحفاظ على الأسرة من التفكك الذي قد يتولد نتيجة لمتابعة الزوج والحكم بحبسه.

لكن، هل التنازل عن الشكوى يضع حدا للمتابعة؟

تضاربت الغرفة الجنحية بمحكمة الاستيناف بالدار البيضاء حول هذه المسألة:

فقد قررت في البداية أن الشكاية مادامت تعتبر شرطا لازما لتحريك دعوى إهمال الأسرة، فإن سحبها يضع حدا للمتابعة وبالتالي سقوط الدعوى العمومية[304].

غير أن ذات الغرفة سرعان ما تراجعت عن ذلك الموقف معلله موقفها كالآتي:

"إن التنازل عن شكاية إهمال الأسرة لا يسقط الدعوى العمومية لعدم تنصيص مقتضيات الفصل 481 من المجموعة الجنائية المغربية على ما يفيد أن التنازل يسقط الدعوى العمومية»[305].

---

303 - راجع مؤلفات قانون المسطرة الجنائية، راجع بالخصوص:

- عبد الواحد العلمي، شرح قانون المسطرة الجنائية، الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1998، ص 77 وما بعدها.

304 - قرار 16 يوليوز 2001، منشور بكتاب دراسات قضائية، الجزء السادس لصاحبه محمد بفقير، طبع مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، طبعة 2008، ص. 152 وما بعدها.

305 - قرار 27 شتنبر 2001، م.س، ص. 154 وما بعدها.

ومع تقديرنا للموقف الأخير لمحكمة الاستئناف بالدار البيضاء التي وقفت عند حرفية النص الجنائي، فإننا مع الموقف الأول الذي اعتد بفحوى النص، لأنه وقف عند الغاية، وهي المصلحة الاجتماعية التي كانت وراء إقرار قاعدة الشكاية.

- **العقوبة المقررة للجريمة:**

جاء في مطلع الفصل 479 من ق.ج الخاص بجريمة إهمال الأسرة، المحال على عقوبته بمقتضيات الفصل 480 من نفس القانون مايلي:

«يعاقب بالحبس من شهر إلى سنة وبالغرامة من 200 إلى 2000 درهم أو بإحدى هاتين العقوبتين فقط».

يتضح جليا من هذا النص التشريعي، أن القاضي الجنائي المغربي يتمتع بسلطة تقديرية واسعة في هذا المجال، لأن له أن يتصرف في العقوبة الحبسية بين حديها - شهر وسنة - وفي الغرامة بين حديها - 200 و2000 درهم - بل وله أن يقتصر على الحكم بالحبس وحده أو بالغرامة وحدها وأن يجعل الحبس نافذا أو موقوف التنفيذ، حسب ما تبين له انطلاقا من عناصر كل نزاع على حدة.

ولاعتبارات اجتماعية تتوخى أساسا المحافظة ما أمكن على تماسك الروابط الأسرية، فغالبا ما يقتصر القضاء على الحكم بالغرامة دون الحبس.

ومع ذلك، وطبقا للفقرة الثانية من الفصل 480 من ق.ج، فيجب على القاضي الجنائي أن يحكم حتما ووجوبا بالعقوبة الحبسية في حالة العود ثانية إلى ارتكاب ذات الجريمة، بغاية أن يكون الردع في هذه الحالة الأخيرة أقوى.

ولنفس الاعتبارات الاجتماعية، نفضل لو أن المشرع المغربي سلك مسلك نظيره الليبي عندما قرر أن الزوج المحكوم عليه متى أدى ما تخلف بذمته أو قدم كفيلا تقبله الزوجة لا تنفذ العقوبة بشأنه[306].

---

306 - تنص المادة 398 مكررة «أ» من قانون العقوبات الليبي على ما يلي:

«كل من صدر عليه حكم قضائي واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو أصوله أو فروعه أو إخوته أو أجرة حضانة أو رضاعة أو مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة شهر بعد التنبيه عليه يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر ولا تزيد على سنة.

وإذا رفعت بعد الحكم عليه دعوى ثانية عن هذه الجريمة فتكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن [illegible] ولا تزيد على سنتين.

وفي جميع الأحوال، إذا أدى المحكوم عليه ما تجمد في ذمته أو قدم كفيلا يقبله صاحب الشأن فلا تنفذ العقوبة».

2 ـ دين النفقة لا يسقط أبدا بالتقادم:

يقصد بالتقادم المسقط عدم سماع الدعوى بعد مرور مدة معينة عن نشأة الحق. وقد نظمه المشرع ضمن مقتضيات الفصول من 371 إلى 392 من ق.ا.ع.

ومبلغ النفقة، كدين في ذمة الزوج لصالح الزوجة، لا يسقط أبدا بالتقادم، أي بمرور المدة.

وهذا الحكم أجمع عليه المالكية والشافعية والحنابلة حيث إن النفقة عندهم لا تسقط إلا بالأداء أو بالإبراء أو بوفاة الزوج[307]، وقد أخذ التشريع المغربي صراحة بهذا الحكم في الفصل 121 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، والذي حلت محله المادة 195 من مدونة الأسرة عندما نصت على أنه:

«**يحكم للزوجة بالنفقة من تاريخ إمساك الزوج عن الإنفاق الواجب عليه ولا تسقط بمضي المدة**» أي أن النفقة كدين عالق بذمة الزوج لا يطاله التقادم المسقط أبدا.

على أنه متى تم الحكم لصالح الزوجة بمبلغ النفقة، وجب عليها في هذه الحالة أن تطالب بتنفيذ هذا الحكم داخل أجل ثلاثين سنة تطبيقا لمقتضيات الفصل 428من ق.م.م.[308]

ومن أجل التوسع حول الموضوع عموما، انظر:

- موسى مسعود أرحومة، م.س، بنفس الموضع.

- سعيد ازكيك، إهمال الأسرة في التشريع المغربي، رسالة لنيل دبلوم الدراسات العليا في القانون الخاص، الهلال العربية للطباعة والنشر، الرباط، 1992.

- عبد السلام مقلد، الجرائم المعلقة على شكوى والقوانين الإجرائية الخاصة بها، دار المطبوعات الجامعية بالاسكندرية، 1989.

307 - محمد أبو زهرة، م.س، ص. 291.

308 - جاء في مطلع الفصل 428 من ق.م.م:

«**تكون الأحكام قابلة للتنفيذ خلال ثلاثين سنة من اليوم الذي صدرت فيه وتسقط بانصرام هذا الأجل...**».

ومن الملاحظ أن الأجل المشار إليه في النص أعلاه هو أجل سقوط لا أجل تقادم، على ما يظهر من الصياغة التي استعملها المشرع.

3 ـ دين النفقة لا يقبل الحجز لدى الغير:

نظرا للدور المعيشي البارز الذي تلعبه النفقة، فإن المشرع المغربي قد أدخلها في زمرة الديون التي لا تقبل ـ وبكيفية مطلقة ـ الحجز لدى الغير.

وهكذا، فبعدما نص المشرع المغربي في الفصل 448 من قانون المسطرة المدنية على أنه:

«**يمكن لكل دائن ذاتي أو اعتباري يتوفر على دين ثابت إجراء حجز بين يدي الغير بإذن من القاضي على مبالغ ومستندات لمدينه والتعرض على تسليمها له**»، قرر أن الحكم السابق لا يطبق متى كان موضوع الحجز عبارة عن نفقات، كيفما كانت الجهة المستفيدة منها، أي سواء تعلق الأمر بنفقة زوجة في العصمة أو بنفقة مطلقة طلاقا رجعيا أو حامل أو بنفقة فرع أو أصل. وهكذا مثلا فالزوجة الدائنة بمبلغ النفقة والمدينة للغير بمبلغ مالي ما، لا يمكن لهذا الغير أن يحجز النفقة من المنبع أي لدى الزوج، وسبب هذا الحكم أن النفقة تلعب دورا معيشيا[309] ويجب عمليا أن تستمر في لعب هذا الدور.

وبخلاف الزوج، فللزوجة أن تحجز مبلغ نفقتها من مال زوجها لأن الحماية أعلاه قررت لها، لا له.

4 ـ دين النفقة لا يقبل الصلح:

بعدما قرر المشرع المغربي في الفصل 1098 من قانون الالتزامات والعقود أن **الصلح هو عقد بمقتضاه يحسم الطرفان نزاعا قائما ويتوقيان قيامه، وذلك بتنازل كل منهما للآخر عن جزء، مما يدعيه لنفسه**، أضاف في الفصل 1102 على أنه:

«**لا يجوز الصلح على حق النفقة، وإنما يجوز على طريقة أدائه أو على أداء أقساطه التي استحقت فعلا**».

---

309 - انظر للتوسع حول الموضوع:

- يونس الزهري، الحجز لدى الغير في القانون المغربي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2004، ص. 82.

وانظر كذلك:

- قرار محكمة الاستئناف بالناظور تحت عدد 338 الصادر في 4 أبريل 2000 في الملف عدد 99/998 (قرار غير منشور).

- مشار إليه في مؤلف يونس الزهري أعلاه، م.س، بنفس الموضع (الهامش 152).

وعلى الرغم[310] من أن المجلس الأعلى قد سبق له أن قرر - كما أسلفنا - أن قانون الالتزامات والعقود لا يطبق في مجال الأحوال الشخصية الملغاة، فإنه قد تمسك بتطبيق الفصل 1102 أعلاه لإبعاد لفيف يثبت صلحا تم بين الزوجين بخصوص النفقة[311].

5 - دين النفقة لا يقبل المقاصة:

المقاصة la compensation سبب من أسباب انقضاء الالتزامات المتقابلة، ومفهومها كالآتي:

إذا أصبح المدين في إطار علاقة مالية، دائنا ومدينا لدائنه في ذات الوقت، وكان محل كل من الدينين المتقابلين - ما في ذمة المدين للدائن وما في ذمة الدائن للمدين - نقودا أو مثليات متحدة في النوع والجودة، وكان كل من الدينين خاليا من أي نزاع، مستحق الأداء، صالحا للمطالبة به أمام القضاء، انقضى الدينان معا في حدود الأصغر منهما عن طريق المقاصة حسب ما نص عليه الفصل 357 من ق.ا.ع[312].

---

310 - ومن النزاعات التي عرضت على القضاء المغربي في هذا الصدد قضية تتعلق بحجز أموال منقولة تدعي الزوجة أنها للزوج ويدعي أبوه أنها له وقد طرح النزاع أمام المجلس الأعلى حيث قرر مايلي:

«...لما كان من الثابت أن المنقولات موضوع النزاع وقع حجزها بمنزل الطاعن فالمفروض أنه الحائز لها حيازة تشكل سند ملكية لها يعفيه من كل إثبات وكان على المدعى عليها التي تنازعه أن تثبت أن المنقولات ملك زوجها أو على الأقل أن تثبت أن هذا الزوج ساكن أباه في نفس المنزل الذي توجد فيه هذه المنقولات حتى تكون حيازة الطاعن معيبة بعيب الغموض نظرا لهذا التساكن المشترك إذ أن القاعدة في توزيع عبء الإثبات أن الإثبات يقع على المدعي في الدفع كما يقع على المدعي في الدعوى وأن المحكمة لما لم تعتبر أن حيازة الطاعن تعفيه من الإثبات وردت دعواه لعدم إثبات ملكية هذه المنقولات دون أن تثبت المطلوبة ما تدعيه تكون قد خرقت الفصل 456 من قانون الالتزامات والعقود...».

- قرار صادر بتاريخ 9 ماي 1984 منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى العدد المزدوج 35 و36 ص 29 وما بعدها.

وقد جاء في الفصل 456 الذي نقض المجلس الأعلى القرار أعلاه بناء على خرقه، مايلي:

«يفترض في الحائز بحسن نية شيئا منقولا أو مجموعة من المنقولات أنه قد كسب هذا الشيء بطريق قانوني وعلى وجه صحيح، وعلى من يدعي العكس أن يقيم الدليل عليه».

311 - قرار تحت رقم 168 في 28 أبريل 1980، في الملف الاجتماعي عدد 413 81، (قرار غير منشور).

312 - ينص الفصل 357 من ق.ا.ع. على ما يلي:

«تقع المقاصة إذا كان كل من الطرفين دائنا للآخر ومدينا له بصفة شخصية».

راجع في هذا الصدد:

- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات، ج. 2، ص. 457 وما بعدها.

فهذه وسيلة خاصة لقضاء الديون، وقد نظمها المشرع المغربي في الفصول من 357 إلى 368 من ق.ا.ع في القسم المخصص لانقضاء الالتزامات.

وأثناء المقاصة، قد يتضح أن أحد الدينين المتقابلين هو عبارة عن نفقة لصالح الزوجة أو لصالح أولادها وهنا يمتنع إجراؤها. وهكذا، فقد جاء في مطلع الفصل 365 من ق.ا.ع أنه:

«لا تقع المقاصة:

1 - إذا كان سبب أحد الدينين نفقة أو غيرها من الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها...».

فعليه إذن، وتطبيقا لهذا المقتضى المدني، فلا يستطيع الزوج مثلا أن يتمسك في مواجهة زوجته المدينة له بالمقاصة بدعوى أنه دائن لها بمبلغ ما كذلك، ما لم توافق هي على ذلك لأن الأمر هو في نهاية المطاف عبارة عن حماية قررها المشرع لها في مجالنا هذا.

والظاهر أن الطبيعة المعيشية للنفقة هي التي كانت وراء إملاء هذه القاعدة، كما أملت غيرها[313] من القواعد السابقة التي ترمي إلى حماية النفقة الواجبة للزوجة.

6 - النفقة دين ممتاز:

النفقة الواجبة على الزوج لصالح زوجته هي عبارة عن دين ممتاز، أي صاحب امتياز، وحسب الفصل 1243 من ق.ا.ع.

«الامتياز حق أولوية يمنحه القانون على أموال المدين نظرا لسبب الدين».

ذلك أن من أهم التعديلات التي أدخلت على الفصل 1248 من قانون الالتزامات والعقود بالظهير بمثابة قانون الصادر في عاشر شتمبر 1993 أن النفقة قد صارت دينا ممتازا تحتل المرتبة الثالثة بعد مصروفات الجنازة ومصروفات المرض.

وانظر من أجل أخذ فكرة موسعة عن الموضوع:

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد الجزء الثالث م.س ص 873 و874.

وسوف نرى فيما سيأتي أن دين النفقة لا يقبل الحجز لدى الغير طبقا للفصل 448 من ق.م.م.

313 - للتوسع في الموضوع في إطار التشريع المغربي انظر:

- مأمون الكزبري نظرية الالتزامات في قانون الالتزامات والعقود الجزء الثاني مطابع دار القلم بيروت 1974 ص 450.

وتظهر أهمية هذا الامتياز عندما يتزاحم دين النفقة مع ديون أخرى مترتبة في ذمة الزوج بعد وفاته، أو في حالة تصفية أمواله، حيث للزوجة أن تأخذ حقها كاملا قبل توزيع ما تبقى على الدائنين الآخرين. وبعبارة أخرى، فهي لا تخضع هنا لقاعدة المحاصة التي تسود بين الدائنين العاديين.

عاشرا ـ سقوط النفقة عن الزوج:

رأينا فيما سبق بيانه أن دين النفقة لا يسقط أبدا بالتقادم، ولا يمكن أن يكون موضوعه محلا لعقد صلح. وطبقا للقواعد العامة، فإن النفقة كدين عالق بذمة الزوج لا تسقط إلا بما يلي:

1 ـ وفاة الزوج:

والوفاة واقعة مادية تضع حدا للرابطة الزوجية، وتضع حدا لنفقة الزوج على الزوجة، وإن كانت مبالغ النفقة السابقة عن الوفاة ديون على التركة محمية بالمادة 322 من مدونة الأسرة[314]، وهي ديون ممتازة على ما وضحناه سابقا.

2 ـ الإبـــراء:

الإبراء، أي التنازل عن مبلغ النفقة كليا أو جزئيا، تصرف قانوني صادر عن الإرادة المنفردة للزوجة[315] يرتب كامل آثاره، متى كانت الزوجة تامة الرشد، غير

---

314 - تنص المادة 322 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«تتعلق بالتركة خمسة حقوق تخرج على الترتيب الآتي:

1 - الحقوق المتعلقة بعين التركة.

2 - نفقات تجهيز الميت بالمعروف.

3 - ديون الميت.

4 - الوصية الصحيحة النافذة.

5 - المواريث بحسب ترتيبها».

315 - الإبراء هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل (عبد الرزاق أحمد السنهوري، م.س، الجزء الثالث، ص 962).

والإبراء تصرف انفرادي بدون عوض، لذلك فهو يتطلب من القائم به التوفر على أهلية التبرع.

وقد نظم المشرع المغربي الإبراء ضمن أسباب انقضاء الالتزامات، وخاصة في الفصول من 340 إلى 346 ق.ل.ع.

وإذا كان الإبراء لا يكون، إلا عن دين ثابت في ذمة المدين، فنفقة الزوجة لا يجوز الإبراء منها، إلا إذا صارت دينا

مصابة بما يؤثر في إدراكها. جـاء في الفصل 340 من قانون الالتزامات والعقود، ما يلـــي:

«**ينقضي الالتزام بالإبراء الاختياري الحاصل من الدائن الذي له أهلية التبرع.**

والإبراء من الالتزام ينتج أثره ما دام المدين لم يرفضه صراحة».

وعليه، فإذا ما كانت الزوجة دون سن الرشد، أو مصابة بإعاقة ذهنية، ما صح الإبراء الصادر عنها، لأنها في هذه الحالة ليست أهلا للتنازل عن حقوقها المالية، بل وليس للنائب الشرعي أن يقوم بذلك التنازل.

3 ـ خروج المطلقة رجعيا من بيت عدتها بدون عذر ولا موافقة من الزوج، يسقط حقها في السكنى، دون النفقة على ما يتضح من مقتضيات الفقرة الأولى من المادة 196 من مدونة الأسرة. أما المطلقة بائنا فلا نفقة لها أصلا، ما لم يتعلق الأمر بنفقة سابقة.

إحدى عشر ـ الحكم في دعوى النفقة قابل للتنفيذ المعجل:

ينص الفصل 179 مكرر من ق.م.م على مايلي:

«**يبت في طلبات النفقة باستعجال وتنفذ الأوامر والأحكام في هذه القضايا رغم كل طعن.**

ريثما يصدر الحكم في موضوع دعوى النفقة، للقاضي أن يحكم بنفقة مؤقتة لمستحقيها في ظرف شهر من تاريخ طلبها، مع اعتبار صحة الطلب والحجج التي يمكن الاعتماد عليها.

في ذمة الزوج. والقاعدة أن المذهب الحنفي لا يعتبرها دينا، إلا بعد تقديرها رضاء أو عن طريق القضاء أما المذاهب السنية الثلاثة الأخرى فتعتبرها دينا بمجرد الامتناع عن الإنفاق بعد ثبوت وجوبها.

- محمد مصطفى شلبي، م.س، ص 451 و452.

- محمد أبو زهرة، م.س.، ص. 291 وما بعدها.

ومن المعلوم أن الإبراء الذي يتم من الزوجة لصالح زوجها في حالة مرضها مرض الموت يخضع لمقتضيات الفصل 344 ق.ل.ع التي تقضي بمايلي:

«الإبراء الحاصل من المريض في مرض موته لأحد ورثته من كل أو بعض ما هو مستحق عليه لا يصح إلا إذا أقره باقي الورثة».

وللتوسع حول الموضوع، انظر:

- عبد السلام أحمد فيغو، م.س ص 529 وما بعدها.

وينفذ هذا الحكم قبل التسجيل وبمجرد الإدلاء بنسخة منه».

وهكذا، فإذا كانت الدعوى تتعلق بالنفقة، سواء للزوجة أو للأصول أو للفروع، بت فيها القضاء بشكل استعجالي، وينفذ الحكم الصادر فيها معجلا[316].

وإذا تأخرت القضية لأي سبب كان، لمدة تفوق شهرا، حكم القاضي بنفقة مؤقتة لمستحقيها تنفذ حالا، بعد التأكد من صحة الطلب وصحة الحجج المدلى بها من طرف الطالب. وفي هذا الصدد، جاء في قرار للمجلس الأعلى:

«بمقتضى الفصل 179 من ق.م.م فإن الأوامر الصادرة في طلبات النفقة تنفذ بقوة القانون الأمر الذي يجرد محكمة الاستئناف من سلطة البت في موضوع الاستئناف المرفوع إليها...»[317].

---

316 - القاعدة العامة في أغلب التشريعات المقارنة - ومنها التشريع المغربي - أن الأحكام غير الحائزة على قوة الشيء المقضي به لا تقبل التنفيذ بعد صدورها مباشرة. فمادام الحكم قابلا للطعن فيه عن طريق التعرض أو الاستئناف أو تم الطعن فيه فعلا بأحد هذين الطريقين، فإن قوته التنفيذية تظل معطلة إلى أن يحوز هذه القوة، لأسباب عديدة لا مجال للخوض فيها في هذا المجال الضيق، إنما يمكن الرجوع بشأنها إلى المؤلفات الخاصة بشرح قانون المسطرة المدنية.

غير أن المشرع المغربي - وكما هو الحال في تشريعات أخرى - ولاعتبارات اجتماعية أو اقتصادية أو قانونية غالبا، سمح استثناء بالتنفيذ المعجل للحكم القضائي، أي حتى قبل حيازته لقوة الشيء المقضي به.

وقد نظم المشرع الأحكام المتعلقة بالتنفيذ المعجل بنص عام يتمثل في الفصل 147 من ق.م.م وبنصوص خاصة متفرقة من بينها الفصل 179 مكرر من ق.م.م بشأن البت في طلبات النفقة.

ويمكن تعريف التنفيذ المعجل للحكم القضائي بأنه "...حق يمنحه القانون أو رخصة من لدن المحكمة تتيح للمحكوم له إمكانية تنفيذ الحكم الصادر لفائدته قبل الأوان العادي له...".

- السماحي، م.س، ص34.

وفي الفقه الفرنسي: L'exécution provisoire

« ... Un bénéfice qui permet au gagnant d'exécuter un jugement dès sa signification malgré l'effet suspensif des voies de recours ou de leur exercice ».

— Jean Vincent et Serge Guinchard, "Procédure civile", Dalloz.

وللوقوف على تعريف آخر يسير في ذات الاتجاه، ولمزيد من الإيضاح كذلك، انظر:

— Jacques Héron, "Droit judiciaire privé", éd. Montchrestien, 1991, p. 113 et suiv.

وينقسم التنفيذ المعجل إلى تنفيذ معجل بحكم القانون، وهو الذي يجد سنده في نص تشريعي كالفصل 179 مكرر ق.م.م والخاص بالنفقة أو تنفيذ معجل قضائي، ويجب أن يطلب من المحكمة، وهو إما تنفيذ معجل قضائي وجوبي لوجود سند تنفيذي في الدعوى أو تنفيذ معجل قضائي جوازي ويندرج ضمن السلطة التقديرية لمحكمة الموضوع.

وتنفيذ الحكم بالنفقة طبقا للفصل 179 مكرر ق.م.م لا يتوقف على طلبه من الخصم ولا النص عليه في الحكم كما أنه لا يمكن لمحكمة الطعن أن تقضي بإيقافه وهو أخيرا لا يمكن أن يعلق على كفالة.

317 - قرار صادر بتاريخ 9 مارس 1977، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 128، ص 98 وما بعدها.

وذهب المشرع بعيدا في هذا الصدد عندما سمح للقاضي، وريثما يصدر حكما فاصلا في النزاع، أن يحكم بنفقة مؤقتة في ظرف شهر من تاريخ طلبها من صاحب المصلحة، وعندما أضاف في الفقرة الرابعة من الفصل أعلاه ما يلي:

«وينفذ هذا الحكم قبل التسجيل وبمجرد الإدلاء بنسخة منه».

ويقصد بالنسخة المسودة La minute التي يحررها القاضي بخطه أو بإملائه والمشتملة على منطوق الحكم وأسبابه، والتي يتم توقيعها من طرفه أو من طرف رئيس الهيئة، وذلك قبل تهييئها من طرف كتابة الضبط واتخاذها للشكل النهائي[318].

ملاحظة هامـــــة:

الأحكام المتعلقة بالنفقة كما هي منظمة بمدونة الأسرة لا تطبق بأثر رجعي على ما أكده قرار حديث للمجلس الأعلى جاء فيه:

«... المحكمة لما أسقطت نفقة الإبن محمد رضا تكون قد طبقت الفقرة الثالثة من الفصل 126 من مدونة الأحوال الشخصية... وهو القانون الواجب التطبيق ما دام

---

318 - يطلق على هذه الحالة عادة التنفيذ على الأصل أو على المسودة.

وحسب بعض الفقه:

«التنفيذ على الأصل معناه تمكين المحكوم له من متابعة مسطرة التنفيذ بواسطة النسخة الخطية لهذا الحكم، ولو دونما حاجة، عند الضرورة القصوى، إلى التأشير عليها بالصيغة التنفيذية أو خضوعها لإجراءات التسجيل».

— A. Ruolt. Code de procédure annoté.

- الترجمة للأستاذ محمد السماحي، م.س، ص230.

وهذه القاعدة منصوص عليها في الفقرة الثانية من قانون الإجراءات المدنية الفرنسي:

« En cas de nécessité, le juge peut ordonner que l'exécution aura lieu au seul vu de la minute ».

ويتم التنفيذ في مثل هذه الأحوال غالبا بدون تبليغ.

— Paris, 5 novembre 1958, J.C. p.58, II, 10 893, Concl, Combaldieu, R.T.D. Civ, 1959, 1.159 obs. Raynaud.

— Civ, 15 Juillet 1959 J.C. P. 59. ed. A, IV, n° 3476.

وللتوسع حول الفكرة في القانون المغربي، انظر:

- عبد اللطيف هداية الله ، م.س، ص 542 وما بعدها.

وفي القانون الفرنسي:

— H. Solus et R. Perrot, Droit judiciaire privé, Sirey, Delta 1991, p.1149 et s.

القرار صدر بتاريخ 19 يناير 2004، أي قبل دخول مدونة الأسرة حيز التنفيذ بتاريخ 2004/02/5...».

(القرار رقم 511 بتاريخ 9 نونبر 2005 في الملف الشرعي عدد 394/2/1/2004، غير منشور).

ورغم ذلك، فإذا ما قررت نفقة في إطار مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، صح أن يعاد فيها النظر في إطار مدونة الأسرة.

اثنى عشر: صندوق التكافل العائلي:

نصت المادة 16 من قانون المالية لسنة 2010[319] على أنه:

«يحدث ابتداء من تاريخ فاتح يناير 2011 حساب خصوصي للخزينة يسمى صندوق التكافل العائلي.

يتعين قبل التاريخ أعلاه صدور تشريع يحدد على الخصوص الفئات المعنية بعمليات الصندوق وكذلك الشروط والمساطر الواجب استيفاؤها للاستفادة من موارد الصندوق».

وتفعيلا لمقتضى المادة 16 من قانون المالية المشار إليها أعلاه، صدر القانون رقم 10–41 بشأن تحديد شروط ومساطر الاستفادة من صندوق التكافل العائلي[320].

يتكون هذا القانون من 14 مادة موزعة إلى أحكام عامة وثلاثة أبواب.

وبخصوص نطاق الاستفادة من القانون 10–41، تنص المادة 2 من القانون 10–41 على ما يلي:

«يستفيد من المخصصات المالية للصندوق إذا تأخر تنفيذ المقرر القضائي المحدد للنفقة أو تعذر لعسر المحكوم عليه أو غيابه أو عدم العثور عليه وبعد ثبوت عوز الأم

319 – يتعلق الأمر بقانون المالية تحت رقم 09–48 الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 243–09–1 بتاريخ 30 دجنبر 2009.

320 – الصادر بتنفيذه الظهير الشريف رقم 191–10–1 بتاريخ 13 دجنبر 2010.

الأم المعوزة: المطلقة.

مستحقوا النفقة من الأطفال بعد انحلال ميثاق الزوجية».

ونكتفي هنا بهذه الإشارة الوجيزة[321].

321 –لمن يريد الزيادة في الإيضاح حول القانون 10–41، يرجى الرجوع إلى ما يلي:

– محمد لسقار، صندوق التكافل العائلي، مجلة الفقه والقانون www.majalh.new.ma تاريخ النشر فاتح يناير 2013، العدد الثالث.

– أحمد أولاد عيسى، قراءة في القانون رقم 10–41 على ضوء التشريعات المقارنة. www.marocdroit.com

الفرع الثالث
الزواج غير الصحيح وآثاره

تمهيد :

سبق للمشرع المغربي في مدونة الأحوال الشخصية الملغاة أن أشار بكيفية مقتضبة جدا، إلى آثار الزواج غير الصحيح، من خلال مقتضيات الفصل 37 منها[322].

وفي إطار هذا الفصل الأخير، ميز المشرع بين الزواج الفاسد لصداقه والزواج الفاسد لعقده، وقد قسم هذا الزواج الأخير إلى زواج مجمع على فساده وزواج مختلف في فساده.

وهذا التقسيم الذي يرد على الزواج غير الصحيح هو السائد في الفقه المالكي[323].

---

322 - جاء في هذا الفصل ما يلي:

«1 - النكاح الفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده وفيه المسمى بعد الدخول والفاسد لصداقه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل.

2- كل زواج مجمع على فساده كالمحرمة بالصهر منفسخ بدون طلاق قبل الدخول وبعده ويترتب عليه تعيين الاستبراء وثبوت النسب إن كان حسن القصد، أما إذا كان مختلفا في فساده فيفسخ قبل الدخول وبعده بطلاق ويترتب عليه وجوب العدة وثبوت النسب ويتوارثان قبل وقوع الفسخ».

وانظر حول هذا النص:

- صلاح الدين زكي، مرجع سابق، ص182 وما بعدها.

- أحمد الخمليشي، مرجع سابق، الجزء الأول، ص 275 وما بعدها.

- محمد الكشبور، الوسيط، مرجع سابق، ص 333 وما بعدها.

323 - يقول ابن جزي في هذا الصدد :

« - إن الفسخ يكون بطلاق ويكون بغير طلاق فكل نكاح أجمع على تحريمه فسخ بغير طلاق وما اختلف فيه فسخ بطلاق...».

- م.س.، ص. 155.

- محمد عرفة الدسوقي، مرجع سابق، بنفس الموضع.

وانظر بشأن مصطلح الزواج المجمع على فساده والزواج المختلف في فساده:

- محمد الكشبور، الوسيط، مرجع سابق، ص. 333 وما بعدها.

وراجع في الموضوع فتوى مطولة لابن رشد الجد يميز من خلالها بين الزواج الفاسد لصداقه والزواج الفاسد لعقده، وأثر كل ذلك على الصداق. م.س.

- فتاوي ابن رشد، السفر الأول، ص. 179 وما بعدها.

وفي كتاب المقدمات، قسم ابن رشد الأنكحة الفاسدة إلى أقسام ثلاثة:

وفي مدونة الأسرة، أعاد المشرع النظر في المصطلحين أعلاه، حيث عوض مصطلح العقد المجمع على فساده بالعقد الباطل، والعقد المختلف في فساده بالعقد الفاسد، لا غير، وهذا هو التقسيم السائد لدى بعض فقهاء المذهب الحنفي[324].

وهكذا، يكون الزواج كقاعدة عامة باطلا إذا اختل ركن من أركانه أو كان بين الزوجين مانع من موانع الزوجية، ويكون فاسدا إذا اختل فيه شرط من بين شروط صحته.

وفي هذا الصدد سوف نتطرق في هذا الفرع إلى:

أولا - الزواج الباطل وآثاره (المبحث الأول).

ثانيا - الزواج الفاسد وآثاره (المبحث الثاني).

ومن الطبيعي جدا أن نتوقف في هذين المبحثين عند أثر كل من الزواج الباطل والزواج الفاسد حتى يتوضح الموضوع أكثر.

المبحث الأول
عقد الزواج الباطل وآثاره

تمهيد :

يترتب البطلان عن خلل جسيم، في العقد.

أ- نكاح فاسد لصداقه.

ب- نكاح فاسد لعقده.

ج- نكاح فاسد لاقترانه بشرط فاسد كالشغار مثلا.

- م.س، ج. 2، ص. 317.

وبخصوص هذا النوع الأخير، راجع المبحث الذي خصصناه للشروط الإرادية التي توضع في عقد الزواج.

324 - محمد مصطفى شلبي، م.س.، ص. 319.

وللتدقيق، يقول محمد أبو زهرة:

«يفرق فقهاء الحنفية بين العقد الباطل والعقد الفاسد، وإن كان كلاهما غير صحيح، وذلك في المعاملات المالية، أما في الزواج فتجد المحققين منهم لا يفرقون بين النكاح الباطل والنكاح الفاسد، ويقول في ذلك كمال الدين بن الهمام :

«إن العقد الباطل والفاسد في النكاح سواء...».

- م.س.، ص. 170.

ويلحق بالزواج الباطل ما إذا كانت المرأة محل عقد الزواج محرمة تحريما مؤبدا أو مؤقتا على من يريد التزوج بها أو تزوج بها فعلا بالشكل الآتي بيانه:

أولا- تحديد حالات الزواج الباطل في مدونة الأسرة:

حالات الزواج الباطل حددتها المادة 57 من مدونة الأسرة على الوجه الآتي:

«يكون الزواج باطلا:

1 - إذا اختل فيه أحد الأركان المنصوص عليها في المادة 10 أعلاه.

2 - إذا وجد بين الزوجين أحد موانع الزواج المنصوص عليها في المواد 35 إلى 39 أعلاه.

3 - إذا انعدم التطابق بين الإيجاب والقبول».

ويتضح من هذا المقتضى، أن هناك حالات ثلاث تقتضي بطلان عقد الزواج في مدونة الأسرة، وهي:

1 - اختلال أحد الأركان المنصوص عليها ضمن مقتضيات المادة 10 من مدونة الأسرة.

بالرجوع إلى أحكام المادة 10 من مدونة الأسرة، يتضح أن للزواج ركنين أساسيين هما:

أ - الإيجاب الصادر من الزوج أو من الزوجة، حسب الأحوال.

ب - القبول الصادر من الجانب الآخر.

ويعبر عن الإيجاب والقبول بالصيغة عادة والمقصود بها الألفاظ المعبرة عن الإرادة والتي تفيد معنى الزواج لغة أو عرفا مع صحة **«الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إن كان يكتب وإلا فبإشارته المفهومة من الطرف الآخر ومن الشاهدين»**[325].

---

325 - راجع الفقرة الثانية من المادة 10 من مدونة الأسرة، وقد سبق لنا تحليل هذه الفقرة في الفصل الثاني من الباب الأول من هذا الكتاب.

... أو بانعدام القبول، وبالتالي التعبير عن الإرادة بالكيفية التي حددها المشرع، يكون عقد الزواج باطلا لاختلال أحد ركنيه[326]، مع العلم أنـه يمكن التعبير عن الإرادة عن طريق النيابة طبقا لما قرره المشرع بالمادة 17 من مدونة الأسرة متى تضمنت الشروط التي حددها المشرع بهذه المادة 17 الأخيرة[327].

وفي الوقت الراهن، يعبر عن الرضا بالعقد - الإيجاب والقبول - بعناصر ملف الزواج وبالتوقيع على العقد أمام العدلين المنتصبين للإشهاد.

2 - وجود مانع من موانع الزواج:

سبق الحديث عن موانع الزواج، وموانع الزواج منها المؤبدة، وهي المنصوص

---

326 - وحتى على مستوى القانون الوضعي، فإن اختلال الإيجاب أو القبول أو التطابق بينهما يؤدي إلى اختلال التراضي وهو أهم ركن في كل العقود.

ويجب أن يكون هذا التراضي جديا وحقيقيا لا صوريا، وفي هذا الصدد اعتبر القضاء الفرنسي أن الزواج الذي تكون الغاية منه مجرد الحصول على وثائق إدارية أو تحسين وضعية مهاجر ببلاد المهجر هو زواج باطل ومن ذلك مثلا:

- « Le mariage célébré dans le seul but de permettre à l'épouse d'obtenir un visa de sortie de son pays d'origine est nul pour défaut de consentement».
- T.G.I., Paris, 28 mars 1978, J.C.P, éd. N 1980, II, 144.

وانظر كذلك:

- Toulouse, 5 avril 1994, J.C.P. 1995, II, 22462, note Boulanger.
- Dijon, 14 septembre 1993, Bull. inf. C. Cass. 18 janvier 1994, n° 79.

وكذلك مثلا:

- « Est nul, faute de consentement, le mariage célébré moins d'un mois après le retour en France du mari, d'origine marocaine, et contracté dans le seul but de permettre à celui-ci d'obtenir un titre de séjour en France».
- Grenoble, 3 novembre 1998, D. 1999, Somm, 373, obs. Lemouland. (Nullité du mariage contracté dans le seul but de faire acquérir à l'époux la nationalité française).

بل وقد عاقب هذا القضاء جنائيا على هذا التصرف الصوري، انظر على سبيل المثال لا الحصر:

- Crim. 8 juin 1993, Gaz. Pal. 1993, 2 Panor, 454.
- Crim. 18 mai 1993, Bull. crim, n° 185.

327 - جاء في مطلع هذه المادة:

«يتم عقد الزواج بحضور أطرافه، غير أنه يمكن التوكيل على إبرامه بإذن من قاضي الأسرة المكلف بالزواج وفق الشروط الآتيـة...».

وقد سبق تحليل هذه المادة في الفقرة المخصصة للوكالة في الزواج في الفصل الثاني من الباب الأول من هذا الكتاب.

عليها ضمن المواد 36 (المحرمات بالقرابة) و37 (المحرمات بالمصاهرة) و38 (المحرمات من الرضاع)، ومنها المؤقتةو وهي المنصوص عليها ضمن المادة 39 من مدونة الأسرة، باستثناء حالة الإحرام بحج أو بعمرة المعتمدة في الفقه المالكي والتي سكت عنها المشرع المغربي.

وهكذا، إذا حدث أن تزوج رجل بامرأة تحرم عليه حرمة مؤبدة كأخته من الرضاع، أو بامرأة سبق أن كانت زوجة لابنه، أو تزوج امرأة تحرم عليه حرمة مؤقتة كمعتدة الغير، فإن الزواج في كل هذه الحالات يكون باطلا يجب فسخه رضاء وإلا فقضاء، قبل البناء وبعده[328].

3 – انعدام التطابق بين الإيجاب والقبول:

تطرق البند الأول من المادة 57 إلى أن الزواج يبطل باختلال أحد أركانه، وفي مقدمة هذه الأركان الإيجاب والقبول، والمفروض هنا غياب الإيجاب أو القبول، ومن ذلك تزويج امرأة دون علمها أو تزويج فتى دون علمه، كما يحدث أحيانا في بعض البوادي النائية في المغرب.

غير أننا قد نوجد أمام إيجاب وقبول، ولكنهما غير متطابقين بالمرة، مع العلم أن العقد لا يمكن أن يبرم مطلقا دون ذلك التطابق[329]، لأنه هو الذي يكون عنصر الرضا.

---

328 - بل ومنه ما ينشر حرمة مؤبدة بين طرفي عقد الزواج الباطل (الزواج بمعتدة الغير والدخول بها).

329 - لدرجة أن الفقه الوضعي يعرف العقد بأنه تطابق إرادتين لإحداث أثر قانوني.

انظر:

– عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط، الجزء الأول، م.س، ص 149.

– عبد الفتاح عبد الباقي، نظرية العقد والإرادة المنفردة، مطبعة نهضة مصر، 1984، ص 33 وما بعدها.

وانظر بالنسبة للفقه الفرنسي:

— F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette, «Droit civil. Les obligations», op.cit. p. 69 et suiv.

— M.A. Frison Roche, «Remarques sur la distinction de la volonté et du consentement en droit des contrats», R.T.D, civ. 1995.

— E. Savaux, «La théorie générale du contrat, mythe ou réalité?», thèse, Paris I, 1993.

وبالنسبة للفقه المغربي:

- مأمون الكزبري، نظرية الالتزامات في ضوء قانون الالتزامات والعقود المغربي، الجزء الأول، م.س، ص 28.

— Saâd Moumi, «Droit civil. Droit des obligations», imprimerie Najah Al Jadida,

ويقصد بالتطابق أن القبول يجب أن ينصب على كل العناصر التي يتضمنها الإيجاب، كأن يفرض الخاطب شروطا وتقبلها المخطوبة جملة وتفصيلا أو تفرض هي شروطا ويقبل الخاطب تلك الشروط دون تحفظ. وفي غياب تطابق القبول مع الإيجاب يكون العقد باطلا حسب الفقرة الأخيرة من المادة 57 من مدونة الأسرة.

والظاهر أن المشرع استهدف بهذه القاعدة بالخصوص الحالات التي تزوج فيها البنت بواسطة الولي دون علمها أو على الأقل دون رضاها، حيث لها أن تطلب من القضاء الحكم بإبطال العقد متى أثبتت انعدام ذلك الرضا[330]. وهي وضعية غير متصورة متى أبرم الزواج في إطار المواد من 65 إلى 69 من مدونة الأسرة.

ثانيا - آثـار عقد الزواج الباطـل:

حدد المشرع آثار الزواج الباطل ضمن المادة 58 من مدونة الأسرة، وقد جاء فيها أنه:

«تصرح المحكمة ببطلان الزواج تطبيقا لأحكام المادة 57 أعلاه بمجرد اطلاعها عليه، أو بطلب ممن يعنيه الأمر.

يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق والاستبراء، كما يترتب عليه عند حسن النية لحوق النسب وحرمة المصاهرة».

وعليه، وانطلاقا من هذا النص، نستنتج الأحكام الآتية:

1 – بطلان الزواج يتم كقاعدة بحكم قضائي:

الزواج الباطل في حقيقته لا يحتاج إلى حكم ووظيفة المحكمة إن عرض عليها الأمر هنا، أن تتأكد من بطلان الزواج فعلا، بوقوفها على أحد أسبابه المشار إليها ضمن المادة 57 من مدونة الأسرة.

2000, p. 19 et suiv.

- عبد الحق صافي، القانون المدني، الكتاب الأول، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2005، ص 254 وما بعدها.

330 - جاء في النوازل الجديدة الكبرى:

«... إذا انعقد النكاح وقامت المرأة وأثبتت عدم الرضا بالبينة فالنكاح فاسد». وأن هناك: «إجماع على بطلان نكاح المكره والمكرهة...».

- المهدي الوزاني، م.س، الجزء الثالث، ص 320.

وتحكم المحكمة ببطلان عقد الزواج سواء طلب منها ذلك مباشرة من أية جهة كانت لها مصلحة في البطلان، أم لم يطلب منها ذلك، حيث لها أن تثير البطلان تلقائيا إن تبين لها ذلك من عناصر النزاع، لأن المسألة تتعلق بصميم النظام العام. ومن هذه الناحية، يمكن التمسك بالبطلان أمام محكمة الاستئناف، بل وأمام المجلس الأعلى، ولو أن ذلك لم يثر من قبل أمام محكمة الدرجة الأولى أو الثانية.

والحكم بالبطلان حكم كاشف للبطلان لا منشئ له، ومن ثمة يجب أن يرتب آثاره في الحال، دون الاحتياج - مبدئيا - إلى أي إجراء قضائي آخر[331] وهو حكم يرتب آثاره في مواجهة الكافة، دون استثناء.

وبعد الحكم بالبطلان، يجب على الزوجين أن يفترقا رضاء وإلا فقضاء بواسطة النيابة العامة عن طريق استعمال القوة العمومية، لأننا في حقيقة الأمر أمام فسخ للزواج، والفسخ هنا من صميم النظام العام[332].

ولأن بطلان الزواج قد يرتب بعض الآثار، فقد جاء في قرار للمجلس الأعلى:

"... إن العقد على امرأة وهي حامل، أي في عدة استبراء يعتبر نكاحا فاسدا لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده. ولما قضت المحكمة بفسخ النكاح الرابط بين الطرفين، فإنه كان عليها أن تبحث في الآثار المترتبة عنه طبقا للقانون ولما لم تفعل تكون قد أقامت قضاءها على غير أساس...»[333].

على أنه، ومن الناحية الإجرائية، ليس للمحكمة أن تحكم إلا بما طلب منها، حسب الفصل 3 من ق.م.م.

2 – مصير الصداق في الزواج الباطل:

القاعدة العامة السائدة فقها وتشريعا أن الصداق يجب كله بالبناء، سواء كان الزواج صحيحا أم باطلا أم فاسدا، وهو ما يستفاد من الفقرة الثانية من مقتضيات المادة 58 من مدونة الأسرة وقد جاء فيها أنه:

331 - محمد سعيد عبد الرحمن، الحكم القضائي، مفهومه - تقسيماته - إصداره - مضمونه - آثاره، دار النهضة العربية بالقاهرة، 2001، ص. 379.

332 - حول مفهوم الفسخ لغة واصطلاحا، ومقارنته بالطلاق، انظر :
- عمر عبد الله، م.س.، ص. 544 وما بعدها.

333 - (164) القرار عدد 490 الصادر في 26 أكتوبر 2005 في الملف الشرعي عدد 308/2/1/2004، (قرار غير منشور)، مع العلم أن الزواج هنا باطل وليس فاسدا.

«يترتب على هذا الزواج بعد البناء الصداق...».

وبمفهوم المخالفة لهذا النص، فإن الزوجة لا تستحق أي صداق إذا لم يتم بناء الزوج بها[334].

وعدم استحقاق الزوجة للصداق إذا لم يكن هناك بناء بها في حالة بطلان الزواج، سبق النص عليه كذلك ضمن أحكام المادة 32 من مدونة الأسرة وقد جاء فيها:

«لا تستحق الزوجة الصداق قبل البناء:

- إذا وقع فسخ عقد الزواج...».

3 – وجـــوب الاستبـــراء:

يقصد بالاستبراء أن تتربص – أي أن تنتظر – الزوجة بعد فسخ الزواج الباطل مباشرة بنفسها مدة معينة، بحيث لا ترتبط خلالها بزوج آخر حتى يتم التيقن من براءة رحمها مخافة أن تختلط الأنساب.

وهكذا، فالاستبراء يقوم بوظيفة العدة بخصوص الاستيثاق من براءة الرحم، وهو حسب بعض الفقه المالكي يكون بحيضة واحدة، وحسب البعض الآخر بثلاث حيض[335].

4 – لحوق النسب يتوقف على حسن نية الزوج:

يلحق النسب في الزواج الباطل بالزوج الذي دخل بالمعقود عليها فحملت منه متى كان هذا الزوج حسن النية.

ويكون الزوج حسن النية متى كان جاهلا بسبب بطلان عقد الزواج، أما إذا كان عالما به فهو زان والزنا لا يرتب نسبا.

والقاعدة أن حسن النية مفترض دائما، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبت ما يدعيه متى كانت له مصلحة في ذلك.

وفي هـــذا الصدد، وضع الفقهاء قاعدة شرعية مفادها أنه:

334 - وهذا بخلاف الطلاق قبل البناء حيث يجب للزوجة نصف الصداق طبقا للفقرة الثانية من المادة 32 من مدونة الأسرة.

335 - وسوف نتوسع في الموضوع عند حديثنا عن العدة.

« لا يجتمع حد ونسب »[336].

ومعنى هذه القاعدة أن من أبرم عقد زواج باطل وكان عالما بالتحريم، فهو يحد للزنا، ولا يلحق به النسب. أما إذا كان جاهلا بالتحريم فهو لا يحد ويلحق به النسب لحسن نيته.

ورغم ذلك، فقد وضع الفقهاء من متأخري المالكية للقاعدة أعلاه الاستثناءات التالية:

أ – من يتزوج امرأة سبق أن طلقها ثلاثا دون أن تنكح زوجا غيره.

ب – من يتزوج بخامسة حالة وجود أربع في عصمته.

ج – من يتزوج امرأة تحرم عليه نسبا أو رضاعا أو صهرا[337].

---

336 - ومقتضى ذلك أن الحد - أي العقوبة المقدرة شرعا - لا يطبق إلا إذا كان للشخص قصد جنائي، أي عالما كل العلم بواقعة التحريم، حيث ينزل فعله منزلة فعل الزاني ويأخذ حكمه. والقاعدة أن الزاني لا يلحق به النسب متى حملت الزانية منه.

حول تأصيل الموضوع من الناحية الشرعية، انظر :

- عبد القادر عودة، التشريع الجنائي الإسلامي مقارنا بالقانون الوضعي، الجزء الأول، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1992، ص. 634 وما بعدها.

وانظر من الناحية القضائية :

- قرار المجلس الأعلى، الصادر في 30 مارس 1983، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، عدد 39، ص. 109 وما بعدها.

337 – راجع حول هذا الموضوع:

– ميارة الفاسي، مرجع سابق، ص 172.

وإلى ذلك يشير علي الزقاق:

ونسب والحد لن يجتمعا   إلا بزوجات ثلاث فاسمعا

مبتوتة خامسة ومحرم   ....

ويزيد التسولي الفكرة توضيحا فيقول:

«... محل اللحوق فيما ذكر إذا لم يثبت علمه بالتحريم قبل نكاحه لها أو وطئه إياها وإلا بأن ثبت ببينة على إقراره أنه عالم به قبل ذلك فهو محض زنا لا يلحق به الولد، لأن الولد إنما ألحق به فيما ذكر لكون إقراره بالعلم بالتحريم لا يعمل بالنسبة لنفي الولد لاتهامه على قطع نسبه وإنما يعمل بالنسبة لحده إن لم يرجع عن إقراره بخلاف إذا ثبت علمه قبل الوطء أو النكاح...».

– م.س، الجزء الأول، ص 271.

ويستفاد من كلام الفقيه المالكي التسولي أن تطبيق الاستثناء الوارد على قاعدة لا يجتمع حد ونسب بالشكل المبين في المتن إنما يقتصر على الحالة التي يقر فيها الزوج بعلمه بفساد النكاح، أما إذا أقيمت عليه بينة - شهادة الشهود مثلا - بأنه كان على علم بالتحريم فيجب في هذه الحالة تطبيق القاعدة لا الاستثناء.

وفي الحقيقة أن حالات ثبوت النسب مع تطبيق الحد هي خمس، اقتصرنا على الإشارة هنا إلى ثلاث فقط، لأن الاثنين الباقيين تتعلقان بشراء الرقيق، والرقيق مسألة آلينا على نفسنا ألا نتعرض لها بأي وجه من الوجوه في كتابنا هذا ولمن أراد مزيدا من المعلومات بخصوص هذا الموضوع، فليرجع إلى مصنفات الفقه المالكي. فمثلا

وهكذا، فمن يتزوج بامرأة تحرم عليه في إطار إحدى الحالات الثلاث السالفة الذكر، فهو يحد متى كان عالما بالتحريم، إلا أن الحمل - متى تحقق - فهو يلحق به. والظاهر أن وراء هذه الاستثناءات حماية عرض المرأة، ونسب الأولاد بالخصوص، واتهام الزوج من جانب الفقه بقطع نسبه، حيث يعامل هنا بنقيض قصده[338].

ومن البديهي أنه كلما ظهر سبب التحريم للزوجين في الزواج الباطل، سواء كان هناك بناء بالزوجة أو لم يكن هناك بناء، وجب عليهما أن يفترقا رضاء وإلا فقضاء عن طريق الجبر والإكراه، لأن المسألة تتصل في جوهرها بحق من حقوق الله تعالى، لا بحق العباد.

وتبقى ملاحظة أساسية وهي أن التشريع المغربي يفتقد لإجراءات مسطرية خاصة وصريحة تبين كيفية التفريق بين الزوجين في الزواج الباطل متى قررا عدم تنفيذ ذلك، إذ يجب على المشرع المغربي أن يجد حلا لهذه المشكلة حتى لا تهب علينا في يوم ما رياح قضية نصر أبي زيد المصرية[339]، مع العلم أنه سبق للمجلس

فقد جاء في عنوان الفتوى 99 من فتاوى ابن رشد:

– م. 99 في المسائل الخمس التي يثبت فيها النسب، ويجب الحد.

– ابن رشد الجد، فتاوى ابن رشد، السفر الأول، م.س، ص. 472 وما بعدها.

وانظر كذلك:

– الحطاب، مواهب الجليل، ج. 5، م.س، ص. 249 و250.

338 - وانظر للتوسع حول ثبوت النسب في الزواج الباطل:

- محمد الكشبور، البنوة والنسب في مدونة الأسرة، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2007، ص. 80 وما بعدها.

339 - نصر أبو زيد أستاذ جامعي مساعد الدراسات الإسلامية والبلاغة بقسم اللغة العربية بكلية الآداب التابعة لجامعة القاهرة. ألف عدة كتب منها كتاب «الإمام الشافعي وتأسيس الإيديولوجية الوسطية»، وكتاب «مفهوم النص، دراسة في علوم القرآن»، وكتاب «نقد الخطاب الشرعي».

اعتبر بعض الأفراد - ومنهم محامون وأساتذة جامعيون - أن ما جاء في كتابات نصر أبي زيد فيه عداوة شديدة لنصوص القرآن ولأحكام السنة النبوية ودعوة لرفضها، بل وفيها كفر وزندقة، وبالتالي ارتداد عن الدين الإسلامي.

بتاريخ 25 ماي 1993 رفعت - في إطار دعوى الحسبة - دعوى قضائية أمام محكمة الجيزة الابتدائية للأحوال الشخصية والولاية على النفس على نصر أبي زيد تقضي بتقرير ارتداده عن الإسلام ثم التفريق بينه وبين زوجته السيدة ابتهال أحمد كمال يونس وهي أستاذة جامعية كأثر لتلك الردة مادام أنه لا يصح لمرتد أن يتزوج أصلا لا بمسلمة ولا بغير مسلمة إذ أن الردة في معنى الموت ومنزلته.

وقد ردت المحكمة هذه الدعوى على أساس أنه ليس لرافعيها مصلحة مباشرة يقررها القانون لهم، وقد صدر هذا الحكم في 27 يناير 1994.

– مجلة «القاهرة» فبراير 1996، ص 52.

استؤنف هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف بالقاهرة بتاريخ 10 فبراير 1994 أكد المدعون من خلال مقالهم

الأعلى في قرار صادر عنه في 24 يناير 1967 أن قبل دعوى حسبة تتعلق بتحقيق النسب[340].

تفنيد موقف المحكمة الابتدائية.

الاستئنافي ما سبق أن طلبوه ابتدائيا بعدما حاولوا

قبلت محكمة الاستئناف الطعن شكلا، وفي الموضوع، قررت ما يلي:

«...إلغاء الحكم المستأنف ورفض الدفوع المبداة من المستأنف ضدهما بعدم الاختصاص الولائي وبعدم انعقاد الخصومة وبعدم قبول الدعوى لرفعها من غير ذي صفة وباختصاص المحكمة ولائيا بقبول الدعوى، وفي الموضوع بالتفريق بين المستأنف ضده الأول والمستأنف ضدها الثانية...».

وقد صدر القرار الاستئنافي في 14 يونيو 1995.

ومن أهم ما جاء في حيثيات الحكم الاستئنافي:

«...ولما كان ذلك وكان من المقرر وفق مذهب الحنفية أنه إذا ارتد أحد الزوجين، فإن كانت الردة من المرأة كانت فرقة بغير طلاق بالاتفاق في المذهب وإن كانت الردة من الرجل فعند أبي حنيفة وأبي يوسف وقعت الفرقة بغير طلاق وهو الراجح بينما قال محمد هي فرقة بطلاق لهما...».

– مجلة «القاهرة»، فبراير 1996، ص 95 وما بعدها.

وبتاريخ 5 غشت 1996 تم تأييد قرار محكمة الاستئناف من طرف محكمة النقض المصرية. ومن أبرز ما جاء في قرار هذه الأخيرة:

«أكدت المحكمة أن الثابت من مصنفات أبي زيد المبينة في أوراق الدعوى وفقا لصريح دلالاتها أنها تضمنت جحدا لآيات القرآن الكريم القاطعة بأن القرآن كلام الله إذ وصفه بأنه منتج ثقافي وأنه ينكر سابقة وجود القرآن في اللوح المحفوظ ويعتبره مجرد نص لغوي. وقالت المحكمة إن أبا زيد ذكر في أبحاثه أن الإسلام ليس له مفهوم موضوعي محدد منذ عهد النبوة إلى يومنا هذا وهو قول هدف به إلى تجريد الإسلام من أية قيمة أو معنى ووصفه بأنه دين عربي لينفي عنه عالميته وأنه للناس كافة ووصف علوم القرآن بأنها تراث رجعي وهاجم تطبيق الشريعة ونعت ذلك بالتخلف والرجعية زاعما أن الشريعة هي السبب في تخلف المسلمين وانحطاطهم ويصف العقل الذي يؤمن بالغيب أنه غارق في الخرافة وصرح بأن الوقوف عند النصوص الشرعية يتنافى مع الحضارة والتقدم ويعطل مسيرة الحياة ويتهم النهج الإلاهي بتصادمه مع العقل...».

– مجلة «المجتمع المدني» شتنبر 1996، العدد 75، ص 4 وما بعدها.

وعلى إثر صدور هذا القرار الذي أقام الدنيا وأقعدها داخل وخارج جمهورية مصر العربية، نظم المشرع المصري إجراءات رفع دعوى الحسبة في مادة الأحوال الشخصية، من خلال القانون رقم 3 لسنة 1997، وهو يتضمن سبع مواد، على رأسها المادة الأولى التي تقضي بما يلي:

«تختص النيابة العامة وحدها دون غيرها برفع الدعوى في مسائل الأحوال الشخصية على وجه الحسبة، وعلى من يطلب رفع الدعوى أن يتقدم ببلاغ إلى النيابة العامة المختصة يبين فيه موضوع طلبه والأسباب التي يستند إليها مشفوعة بالمستندات التي تؤيده.

وعلى النيابة العامة بعد سماع أقوال أطراف البلاغ وإجراء التحقيقات اللازمة أن تصدر قرارا برفع الدعوى أمام المحكمة الابتدائية المختصة أو بحفظ البلاغ.

ويصدر قرار النيابة العامة المشار إليه مسببا من محام عام، وعليه إعلان هذا القرار لذوي الشأن خلال ثلاثة أيام من تاريخ صدوره».

وحسب المادة الرابعة من نفس القانون أعلاه:

«لا يجوز لمقدم البلاغ التدخل في الدعوى أو الطعن في الحكم الصادر فيها».

340 - جاء في هذا القرار:

«...أمر تحقيق النسب يقام به ولو عن طريق الاحتساب...».

– منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد الرابع، ص 22 وما بعدها.

ورغم ذلك، فيمكن اعتماد إجراءين جاءت بهما مدونة الأسرة:

أولهما أن النيابة العامة - وطبقا للمادة الثالثة من مدونة الأسرة - أصبحت طرفا أصليا في جميع الدعاوى التي ترمي إلى تطبيق نصوص تلك المدونة، حيث لها أن ترفع دعوى بطلان الزواج ودعوى التفريق، بل ولها حق تنفيذ الأحكام الصادرة في هذا الصدد.

ثانيهما أن المحكمة هي التي تصرح بالبطلان تطبيقا للفقرة الأولى من المادة 58، والتصريح بالبطلان يستتبع تنفيذ الحكم رضاء وإلا فقضاء، والحكم هنا كاشف غير منشئ.

المبحث الثاني
عقد الزواج الفاسد وآثاره

تمهيد :

إن العقد الفاسد – وكما سبق بيانه – هو غير العقد الباطل. ذلك أن فساد عقد الزواج يرتبط باختلال شروط صحة الزواج، لا باختلال أركانه.

والعقد الفاسد على مستوى تقسيمه، إما عقد فاسد لصداقه وإما فاسد لعقده، ولكل صورة من هاتين الصورتين آثارها الخاصة بها.

أولا - تحديد حالات الزواج الفاسد:

تنص المادة 59 من مدونة الأسرة على ما يلي:

« يكون الزواج فاسدا إذا اختل فيه شرط من شروط صحته طبقا للمادتين 60 و61...».

وطبقا لأحكام الفقه المالكي، يكون الزواج إما فاسدا لصداقه، وإما فاسدا

وللتوسع حول الموضوع، انظر:

– عبد المجيد غميجة، م.س، ص 396 وما بعدها.

لعقده، وهو ما تبنته مدونة الأسرة من خلال المادتين 60 و61 منها، وهو نهج سبق أن تبنته مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، كذلك.

1- الزواج الفاسد لصداقه:

بين المشرع المغربي صفة الصداق عندما نص في صياغة عامة وردت بالمادة 28 من مدونة الأسرة على أنه:

«كل ما صح التزامه شرعا صلح أن يكون صداقا»[341].

والزواج الفاسد لصداقه هو الذي سمي فيه للزوجة صداق مما لا يصح الالتزام به شرعا خلافا لما قررته المادة 28 أعلاه، ومن ذلك مثلا لحم الخنزير والخمر والمخدرات وملك الغير والمال المغصوب وكل فعل محرم شرعا وقانونا كقتل النفس التي حرم الله إلا بالحق.

2- الزواج الفاسد لعقده وحالاته :

القاعدة أن الزواج يكون فاسدا لعقده متى اختل فيه أحد شروط صحته باستثناء شرط الصداق الذي له حكم خاص به، على ما سبق توضيحه أعلاه.

تنص المادة 61 من مدونة الأسرة على أنه:

«يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده، وذلك في الحالات الآتية:

- إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين، إلا أن يشفى المريض بعد الزواج.

- إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا.

- إذا كان الزواج بدون ولي في حالة وجوبه.

يعتد بالطلاق أو التطليق الواقع في الحالات المذكورة أعلاه قبل صدور الحكم المفسوخ».

ومن هذا المقتضى، نستنتج أن الزواج يكون فاسدا في الحالات الآتية:

---

341 - وبمفهوم المخالفة، فإن كل ما لا يصح التزامه شرعا كالخمر ولحم الخنزير والمال المغصوب، لا يصح أن يكون صداقا.

- راجع من أجل التوسع حول الفكرة البحث الذي خصصناه لشرط الصداق.

أ- إذا كان الزواج في المرض المخوف لأحد الزوجين إلا أن يشفى المريض بعد الزواج:

المرض المخوف هو المرض الذي يخاف فيه من الموت عادة، ويصطلح عليه كذلك عند الفقهاء بمرض الموت، لأنه كثيرا ما يؤدي إليها. وقد ذهب الفقهاء بشأن تعريف مرض الموت مذاهب شتى، ولعل أهم تعريف قيل في هذا الصدد هو الصادر عن الشيخ خليل حيث إن مرض الموت عنده هو الذي حكم الطب بكثرة الموت به[342].

ويمزج الفقيه اللبناني صبحي محمصاني بين تعريف الشيخ خليل وتعريف الأحناف فيقول إنه:

«المرض الذي حكم الطب بكثرة الموت به أو هو المرض الذي يكون فيه خوف الهلاك غالبا ويعجز الرجل عن القيام بمصالحه الخارجية»[343].

ويبقى أن مرض الموت أو المرض المخوف مسألة واقع بالأساس، تختلف من مريض لآخر وبالتالي من قضية لأخرى، وهو يتطور بتطور الحضارة الإنسانية وتقدم الطب، بحيث كثيرة هي الأمراض التي كانت مهلكة فتغلب الطب عليها ومن ذلك الجذام والطاعون والسل وبعض أنواع السرطان، وهناك أمراض حديثة مازال الطب حاليا في صراع حاد معها وفي مقدمتها داء فقدان المناعة وبعض أمراض الكبد وبعض أنواع السرطان.

ويتحقق مرض الموت، وبالتالي ترتيب آثاره، بتوفر شرطين أساسيين:

* أن يغلب فيه الهلاك عادة، وهذه مسألة يرجع الاختصاص بشأنها في الوقت

---

342 - يقول خليل في باب المجنون محجور للإفاقة...الخ.

«... وعلى مريض حكم الطب بكثرة الموت به...».

انظر حول النص:

- صالح عبد السميع الآبي الأزهري، الجزء الثاني، م.س، ص 101.

- الزرقاني، الجزء الخامس، م.س، ص 304 وما بعدها.

- الحطاب، المجلد الخامس، م.س، ص 78.

343 - صبحي محمصاني، النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الإسلامية، دار العلم للملايين، الطبعة الثانية، 1972، ص 389.

وانظر لمزيد من الإيضاح:

- عبد السلام أحمد فيفو، أحكام تصرفات المريض مرض الموت في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، أطروحة لنيل دكتوراه الدولة في القانون الخاص، نوقشت بكلية الحقوق بالدار البيضاء سنة 1991.

- محمد الكشبور، بيع المريض مرض الموت، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2002، ص 29 وما بعدها.

الراهن لأهل الطب المتخصصين كقاعدة عامة، وكثيرا ما تستعين المحاكم في هذا الصدد بملفات المريض داخل المصحات والمستشفيات للاستئناس بها.

• أن يتصل الموت بهذا المرض، أي أن يكون الأول نتيجة للثاني، وسببا مباشرا له. وبعبارة أخرى أن توجد علاقة سببية بين المرض والموت.

وعليه، وطبقا لهذا الشرط الأخير، إذا شفي المريض من مرضه ما تحققت مطلقا تلك الآثار لأن هذه الأخيرة تدور مع الوفاة من المرض المخوف وجودا وعدما.

وهكذا، يعتبر الزواج المبرم في مرض الموت فاسدا، إلا أن يشفى المريض شفاء كاملا[344].

وهنا ما أكده المشرع ضمن مقتضيات المادة 61 من مدونة الأسرة المشارة إليها سابقا، بالاعتماد على السائد في مذهب الإمام مالك.

وتقوم الغاية من تقرير الفقهاء لمرض الموت في التصدي للإضرار بالورثة بإدخال وارث جديد عليهم، لذلك فهم أصحاب المصلحة في طلب تقرير فساد هذا الزواج، مع العلم أن من الفقهاء من يرى أنه بانعدام نية الإضرار لدى الزوج، تنعدم تلك المصلحة[345].

---

344 - قال مالك في المشهور عنه لا يجوز نكاح المريض ولو صح، ثم رجع عن موقفه هذا فقال إن الزواج يثبت إذا صح. وهذا الموقف مبني على الخلاف في أصل فساده، هل هو لعقده فيفسخ وإن صح، أو هو لحق الورثة فيثبت إذا صح.

وموقف ابن القاسم أن الزواج في هذه الحالة يفسخ، ولكنه يثبت إذا صح الزوج المريض، ويزيد الشيخ عليش توضيح موقف المالكية قائلا:

«وعجل بالفسخ لنكاح الزوجين وأحدهما مريض وقت الاطلاع عليه قبل البناء وبعده... إلا أن يصح المريض منهما، أي الزوجين، صحة بينة فلا يفسخ. هذه رواية ابن القاسم عن الإمام مالك التي رجع إليها، وقال قبلها يفسخ ولو صح المريض منهما ثم أمر بمحوه...».

– عليش، منح الجليل على مختصر خليل، بدون طبعة.

345 - ومن جهتنا، نجد رأي ابن رشد الحفيد من المالكية الذي يرى الرجوع إلى نية الزوج التي تستفاد من قرائن الأحوال، فإن قصد خيرا لا يمنع من الزواج، وإن قصد الإضرار بالورثة فقصده مردود عليه. جاء في كتاب بداية المجتهد ونهاية المقتصد:

«واختلفوا في نكاح المريض، فقال أبو حنيفة والشافعي: يجوز، وقال مالك في المشهور عنه: إنه لا يجوز، ويتخرج ذلك من قوله إنه يفرق بينهما وإن صح، ويتخرج من قوله أيضا إنه لا يفرق بينهما أن التفريق مستحب غير واجب. وسبب اختلافهم تردد النكاح بين البيع وبين الهبة، وذلك أنه لا تجوز هبة المريض إلا من الثلث ويجوز بيعه. ولاختلافهم أيضا سبب آخر، وهو هل يتهم على إضرار الورثة بإدخال وارث زائد أم لا يتهم؟ وقياس النكاح على الهبة غير صحيح، لأنهم اتفقوا على أن الهبة تجوز إذا حملها الثلث، ولم يعتبروا بالنكاح هنا بالثلث»

ونحن مع هذا الرأي الأخير، بحيث يجب الوقوف عند كل حالة على حدة، ذلك أنه متى ثبت مثلا أن الرجل قد أصيب بمرض عضال شديد الوطأة عليه، ولم يجد من أقاربه من يعتني به، بل ولم يجد إلا من ينتظر موته، وتزوج امرأة بحثا عن تلك العناية لا غير، أي دون نية الإضرار بالورثة، كان هذا الزواج - في نظرنا - صحيحا من كافة الوجوه، خاصة أننا هنا بصدد مسألة فقهية اجتهادية.

ولأن هذا الزواج يصحح بشفاء المريض مرض الموت، فليس للورثة رفع دعوى فساد الزواج إلا بعد وفاة المعني سواء تعلق الأمر بالزوج أم بالزوجة، وإثبات الشرطين أعلاه[346].

ورد جواز النكاح بإدخال وارث قياس مصلحي لا يجوز عند أكثر الفقهاء، وكونه يوجب مصالح لم يعتبرها الشرع إلا في جنس بعيد من الجنس الذي يرام فيه إثبات الحكم بالمصلحة، حتى إن قوما رأوا أن القول بهذا القول شرع زائد وإعمال هذا القياس يوهن ما في الشرع من التوقيف، وأنه لا تجوز الزيادة فيه كما لا يجوز النقصان والتوقف أيضا عن اعتبار المصالح تطرق للناس أن يتضرعوا لعدم السنن التي في ذلك الجنس إلى الظلم فلنفوض أمثال هذه المصالح إلى العلماء بحكمة الشرائع، الفضلاء الذين لا يتهمون بالحكم بها، وبخاصة إذا فهم من أهل ذلك الزمان أن في الاشتغال بظواهر الشرائع تطرقا إلى الظلم، ووجه عمل الفاضل العالم في ذلك أن ينظر إلى شواهد الحال، فإن دلت الدلائل على أنه قصد بالنكاح خيرا لا يمنع النكاح، وإن دلت على أنه قصد الإضرار بورثته منع من ذلك...».

– بداية المجتهد ونهاية المقتصد، الجزء الثاني، م.س، ص 35.

ومن الملاحظ أن الرجعة - وخلافا للنكاح - تصح بالنسبة للمطلقة المريضة. يقول ميارة الفاسي:

«.. لم يمنع المرض لأن المطلقة طلاقا رجعيا ترث فلم يكن في ارتجاعها إدخال وارث بخلاف ابتداء النكاح...».

– م.س، ص 247.

ومن الأحكام التي أصدرها القاضي العمارتي في الموضوع:

«الحمد لله لما بنى الزوج... الشفشاوني بزوجته المرأة... الشفشاونية وكان الزوج المذكور مريضا مرضا مزمنا ملازما للفراش لا يستطيع معه الدخول والخروج والقيام ولا يمكنه معه التصرف في أموره كما ذلك برسم الزوجية وامتنع الزوج المذكور من فسخ النكاح المذكور حسبما ذلك بشهادة شهيديه ويشهدان به وطولع بذلك الفقيه الأجل العلامة الأفضل نائب قاضي محروسة شفشاون حينه ووقته وهو الحسن بن الحاج محمد العمارتي أعزه الله تعالى بعز طاعته وحرسها اقتضى نظره أرشده الله وهداه أن حكم بفسخ نكاحها بطلقة بائنة واحدة على المشهور من خلاف في المسألة المشار لها بقول الشيخ خليل: «وهل يمنع مرض أحدهما المخوف وإن أذن الوارث أو إن لم يحتج؟ خلاف»، كما في الزرقاني وعلى الأشهر، كما في الدردير وعلى الراجح كما في حاشية العدوي وفي الزرقاني لدى الشيخ خليل وهو طلاق إن اختلف فيه: ما نصه: «أي فسخ المختلف فيه طلاق أي به ولو قال الزوج فسخت بلا طلاق ولابد فيه من حكم حاكم فهو بائن لا رجعي. قال الشيخ بناني على قول الزرقاني ولابد فيه من حكم حاكم... ما نصه غير صحيح بل لا يحتاج إلى حكم حاكم إلا إن امتنع الزوج وهو الذي في الحطاب خلاف ما نقله عنه الزرقاني...».

– الحكم الثاني، م.س، ص 25 وما بعدها.

346 - ونذكر هنا بفتوى تخص الإقرار بالزوجية في المرض المخوف إذ جاء في النوازل الجديدة الكبرى: «...وأما جانب الزوج في إقراره بالنكاح في مرضه المخوف، فهو لغو لما فيه من إدخال وارث على الورثة، ونص

ب – إذا قصد الزوج بالزواج تحليل المبتوتة لمن طلقها ثلاثا:

يقول الله في كتابه العزيز:

﴿ الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره ﴾[347].

وورد في الحديث الشريف:

«لعن الله المحلل والمحلل له»[348].

فاللعن في هذا الحديث يفيد النهي، والنهي يدل على فساد ما نهى عنه الشارع.

وهكذا، وحسب النص المغربي المستمد من أحكام الشريعة الإسلامية، فإن قصد التحليل عند من تزوج امرأة سبق أن طلقها زوجها ثلاثا هو الذي يرتب فساد الزواج، والنية مسألة نفسية يصعب إثباتها من حيث الواقع العملي، وإن كان ذلك ليس بالمستحيل.

والقاعدة أنه لا يرتب الزواج تحليلا شرعيا إلا بالدخول، وهو ما يستفاد من البند 3 من المادة 39 بخصوص الموانع المؤقتة وقد جاء فيه:

«**موانع الزواج المؤقتة هي:**

1 – ......

2 – ......

3 – حدوث الطلاق بين الزوجين ثلاث مرات، إلا أن تنقضي عدة المرأة من زوج آخر دخل بها دخولا يعتد به شرعا»[349].

على ذلك غير واحد. قال أصبغ في كتاب محمد: إلا أن يكون هناك سماع من أهل العدل والثقات فترث مع إقراره في المرض...».

- المهدي الوزاني، م.س، الجزء الثالث، ص 252.

وبخصوص موقف الإمام مالك من زواج المريض مرض الموت، انظر:

- المدونة الكبرى، م.س، المجلد الثاني، ص 170 و171.

347 – الآية 229 من سورة البقرة.

وسنرجع إلى هذه الآية عند حديثنا عن الطلاق البائن بينونة كبرى.

348 – رواه الإمام أحمد.

وانظر حول زواج المحلل:

- عمر عبد الله، م.س، ص 473.

349 – وبالنسبة لمسألة الدخول هذه، جاء في تفسير ابن كثير للقرآن العظيم:

ونَذْكُر هنا بحديث عائشة رضي الله عنها والذي رواه الشيخان - البخاري ومسلم - حيث قالت: جاءت امرأة رفاعة إلى النبي ﷺ فقالت: كنت عند رفاعة القرظي، فطلّقني، فبنت بطلاق، فتزوجت عبد الرحمن بن الزبير، وإن ما معه مثل هدبة الثوب (وأخذت هدبة من جلبابها) فتبسم رسول الله ﷺ فقال:

«أتريديـن أن ترجعي إلى رفاعة؟ لا، حتى تذوقي عسيلته، ويذوق عسيلتك».

ويطلق الفقهاء على هذا الحديث حديث العسيلة[350].

ومعنى العسيلة أن يستمتع بها وتستمتع به عن طريق الوطء بالكيفية المطلوبة شرعا.

ج – إذا تم الزواج بدون ولي في حالة وجوبه:

لا يقصد المشرع هنا الولاية باعتبارها شرط صحة في الزواج، حيث تحولت تلك الولاية في التشريع المغربي الحالي إلى حق من حقوق المرأة لها أن تزوج نفسها بنفسها، ولها أن تفوض ذلك لأبيها أو لأحد أقاربها إن رأت ذلك، على ما يستفاد من المادتين 24 و25 من مدونة الأسرة، وقد سبق شرحهما في المبحث الذي خصصناه للولاية.

على أن المرأة لا تملك حق الاستغناء عن الولاية الشرعية إلا إذا كانت كاملة الأهلية، أي بلغت سن الرشد القانوني وهو ثماني عشرة سنة (المادة 209 من مدونة الأسرة)، وكانت كاملة الإدراك والتمييز (المادة 210 من مدونة الأسرة).

وما قيل هنا عن المرأة هو مطلوب كذلك بالنسبة للرجل الذي يسعى إلى الزواج.

«قال الإمام أحمد: حدثنا عبد الأعلى عن معمر، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة قالت: دخلت امرأة رفاعة القرظي وأنا وأبو بكر عند النبي ﷺ فقالت: إن رفاعة طلقني البتة، وإن عبد الرحمن بن الزبير تزوجني، وإنما عنده مثل الهدبة، وأخذت هدبة من جلبابها، وخالد بن سعيد بن العاص بالباب لم يأذن له، فقال: يا أبا بكر، ألا تنهى هذه عما تجهر به بين يدي رسول الله ﷺ فما زاد رسول الله ﷺ عن التبسم فقال رسول الله ﷺ: «كأنك تريدين أن ترجعي إلى رفاعة. لا حتى تذوقي عسيلته ويذوق عسيلتك». وهكذا رواه البخاري من حديث عبد الله بن المبارك ومسلم... وقد رواه الجماعة إلا أبو داود...».

- م.س، الجزء الأول، ص 268.

350 – (180م) القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، م.س، ج 3، ص 148.

أما إذا كان أحد الزوجين غير تام الأهلية، فلا يمكنه إبرام عقد الزواج إلا بشرطين:

- أن يأذن له قاضي الأسرة بالزواج، طبقا لأحكام المادة 20 من مدونة الأسرة.
- أن يوافق النائب الشرعي على الزواج بتوقيعه مع القاصر على طلب الإذن بالزواج وحضوره إبرام العقد طبقا لأحكام المادة 21 من نفس المدونة.

وإبرام العقد في هذه الحالة الأخيرة بدون حضور ولي للزوج أو للزوجة المعنية يجعل العقد إن أبرم فاسدا، لقصور في الأهلية.

د ـ اختلال شرط الاشهاد :

يعتبر الإشهاد على إبرام عقد الزواج شرطا لصحته، طبقا لما نصّ عليه البند الرابع من المادة 13 من مدونة الأسرة، حيث من المفروض أن تخلفه يفسد ذلك العقد.

غير أنه، ومن خصوصيات هذا الشرط حاليا، أنه يتوفر لزوما بالحضور أمام العدلين المنتصبين للإشهاد اللذين يشهدان على إبرام العقد ويوثقانه بعد حصولهما على إذن بذلك من قاضي الأسرة.

ولأن هذا الإجراء أصبح نظاميا، فقد فضل المشرع ـ على ما يقوم لدينا من اعتقاد ـ التغاضي عنه في إطار المادة 59 من مدونة الأسرة.

ورغم ذلك، فقد يثار هذا الشرط متى أبرم الزواج بعيدا عن العدلين، حيث لابد من توفره في هذه الحالة.

ثانيا ـ آثـار عقد الـزواج الفاسـد:

رأينا أن الزواج إما فاسد لصداقه وإما فاسد لعقده، وقد ميز المشرع بين الآثار التي يرتبها كل فساد على حدة، على ما يتضح مما يلي:

1 – آثار الزواج الفاسد لصداقه:

وردت آثار الزواج الفاسد لصداقه ضمن مقتضيات المادة 60 من مدونة الأسرة وقد نصت على أنه:

«يفسخ الزواج الفاسد قبل البناء ولا صداق فيه إذا لم تتوفر في الصداق شروطه الشرعية، ويصحح بعد البناء بصداق المثل».

ويعتمد في تقرير صداق المثل على الوسط الاجتماعي للزوجين معا (المادة 27) وقد سبق لنا تحليل ذلك.

وهـذا الموقف هو المعتمد عند فقهاء المالكية، يقول ابن عاصم الغرناطي:

وما فساده من الصداق ... فهو بمهر المثل بعد باق[351]

ويقول ابن جزي:

«... وما كان فساده لصداقه فسخ قبل البناء وثبت بعده على المشهور...»[352].

ومن هذه الناحية، فإن الزواج الفاسد لصداقه لا يثير عمليا أي إشكال على مستوى النفقة.

ويثبت النسب في الزواج الفاسد بالاعتماد على أحكام الفقه الإسلامي عموما، وهو ما تبنته المادة 154 من مدونة الأسرة، وقد جاء فيها ما يلي:

«يثبت نسب الولد بفراش الزوجية:

1 – إذا ولد لستة أشهر من تاريخ العقد وأمكن الاتصال، سواء كان العقد صحيحا أم فاسدا.

2 – إذا ولد خلال سنة من تاريخ الفراق».

---

351 - وبالنسبة لشرح هذا البيت انظر:
- ميارة الفاسي، م.س، ص 171 وما بعدها.
- التسولي، م.س، ص 268 وما بعدها.

352 - م.س، ص 155.
وانظر من أجل التوسع:
- الزرقاني، الجزء الرابع، م.س، ص 11 وما بعدها.
والموقف الذي يأخذ به الفقه المالكي تبنته مدونة الأحوال الشخصية الملغاة حيث نص البند الأول من الفصل 37 على ما يلي:
«... والفاسد لصداقه يفسخ قبل الدخول ولا صداق فيه ويثبت بعد الدخول بصداق المثل...».
ومن هنا نستنتج أن مدونة الأسرة ظلت بدورها - ومن خلال المادة 60 - وفية للمذهب المالكي بهذا الخصوص.

2 ـ آثار الزواج الفاسد لعقده:

بخلاف الزواج الفاسد لصداقه، يفسخ الزواج الفاسد لعقده قبل البناء وبعده، تطبيقا للمادة 61 من مدونة الأسرة.

ولا يفسخ الزواج الفاسد لعقده إلا بحكم قضائي، وإن كان يعتد فيه بالطلاق أو التطليق الواقع قبل صدور الحكم بالفسخ إن وقع[353]، على ما يستفاد من الفقرة الأخيرة من المادة 61 السالفة، مع العلم أن الطلاق إن حدث هنا يكون في كافة الأحوال طلاقا بائنا.

أ ـ آثار الزواج الفاسد لعقده قبل البناء:

القاعدة العامة أن الزواج الذي فسخ قبل البناء لا يرتب شرعا أي أثر، ولا يستحق به نصف الصداق ولا النفقة ولا الإرث وليس على المرأة في هذه الحالة عدة ولا استبراء (المادة 64)، مثله في ذلك تماما مثل الزواج الفاسد لصداقه الذي فسخ قبل البناء.

ب ـ آثار الزواج الفاسد بعد البناء:

قبل فسخ عقد الزواج الفاسد، يرتب هذا العقد الذي أعقبه البناء بالزوجة كل آثار الزواج الصحيح، بحيث يستحق به المهر كاملا وتستحق به النفقة، وثبوت النسب، والتوارث وهكذا[354].

وتتوقف كل هذه الآثار بالحكم بفسخ عقد الزواج، على ما يستفاد من المادة 64 السالفة الذكر.

ورغم ذلك، وتطبيقا للقواعد السائدة في هذا المجال:

ـ يجب على المرأة أن تعتد[355].

353 - يقول ابن جزي بهذا الخصوص، وهو يميز بين الطلاق في الزواج الفاسد والفسخ في الزواج الباطل: «... وفائدة الفرق أن الفسخ بطلاق يوقعه الزوج ويحسب في عدد التطليقات والفسخ بغير طلاق ويوقعه الحاكم ولا يحسب في عدد الطلقات وتعتد من الفسخ كما تعتد من الطلاق...». م.س، ص 155.

354 - محمد عرفة الدسوقي، م.س، ص 240.

355 - وهو ما يستفاد من مقتضيات المادة 64 من مدونة الأسرة.

انظر حول الموضوع:

ـ يثبت بهذا الزواج نسب الحمل أو الولد إن وجدا، دون الاعتداد هنا بنية الزوج[356]، أي أن النسب يثبت في هذه الحالة في كافة الأحوال، سواء كان الزوج حسن النية أو سيئ النية، خلافا للزواج الباطل[357]، حيث تعتمد تلك التفرقة. (م. 154 من مدونة الأسرة)[358].

ـ ويرتب الزواج الفاسد حسب الفقه المالكي بعد البناء نفس آثار الزواج الصحيح من حيث عدد الطلقات ومن حيث نشر التحريم[359].

وهكذا، فالعقد الفاسد يحرم الزوجة على أصول الزوج وفروعه ويحرم على الزوج أصولها وفروعها بالكيفية التي سبقت دراستها في مجال التحريم بسبب المصاهرة.

3 ـ وجوب تسجيل فسخ عقد الزواج:

تنص المادة 141 من مدونة الأسرة على أنه:

«توجه المحكمة ملخص وثيقة الطلاق، أو الرجعة، أو الحكم بالتطليق، أو بفسخ عقد الزواج[360]، أو ببطلانه، إلى ضابط الحالة المدنية لمحل ولادة الزوجين،

ـ الونشريسي، المعيار المعرب، م.س، الجزء الثالث ص 135.

356 - ابن جزي، م.س، بنفس الموضع.

357 - محمد الكشبور، البنوة والنسب، م.س، ص 84 وما بعدها.

358 - صدر قرار عن المجلس الأعلى في إطار مدونة الأحوال الشخصية ينسجم كل الانسجام مع السائد حاليا في إطار مدونة الأسرة:

«... حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه اعتبرت ما تم بين الطرفين زواجا، إلا أنه تم أثناء تطبيق مدونة الأحوال الشخصية، ولما لم يشهد عليه ولم يسم فيه صداق، فإنه يبقى زواجا فاسدا طبق المدونة المذكورة وأنه بمقتضى الفصل 37 من مدونة الأحوال الشخصية، فإن الزواج الفاسد لعقده يفسخ قبل الدخول وبعده ومن آثاره لحوق النسب ومن ثم فإن المحكمة لما قضت بلحوق نسب الابنين للطاعن، فإنها تكون بذلك قد طبقت صحيح القانون...».

ـ قرار شرعي صادر عن المجلس الأعلى بتاريخ 27 يناير 2010، منشور بمجلة قضاء المجلس الأعلى، العدد 72، ص 114 وما بعدها.

359 - ففي الزرقاني «كل نكاح مختلف في فساده فيلحق به الولد بالزوج إذا ولدته بين مدة أقصى الحمل وأقل مدته (زرقاني 6/132).

ـ محمد العلوي العابدي، الأحوال الشخصية والميراث في الفقه المالكي، افريقيا والشرق، ص 271 وما بعدها.

360 - تنص المادة 64 من مدونة الأسرة على ما يلي:

«الزواج الذي يفسخ تطبيقا للمادتين 60 و61 أعلاه، لا ينتج أي أثر قبل البناء، وتترتب عنه بعد البناء آثار العقد

مرفقا بشهادة التسليم داخل خمسة عشر يوما من تاريخ الإشهاد به، أو من صدور الحكم بالتطليق أو الفسخ أو البطلان.

يجب على ضابط الحالة المدنية تضمين بيانات الملخص بهامش رسم ولادة الزوجين.

إذا لم يكن للزوجين أو أحدهما محل ولادة بالمغرب، فيوجه الملخص إلى وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالرباط.

تحدد المعلومات الواجب تضمينها في الملخص المشار إليه في الفقرة الأولى أعلاه بقرار من وزير العدل".

الصحيح إلى أن يصدر الحكم بفسخه.

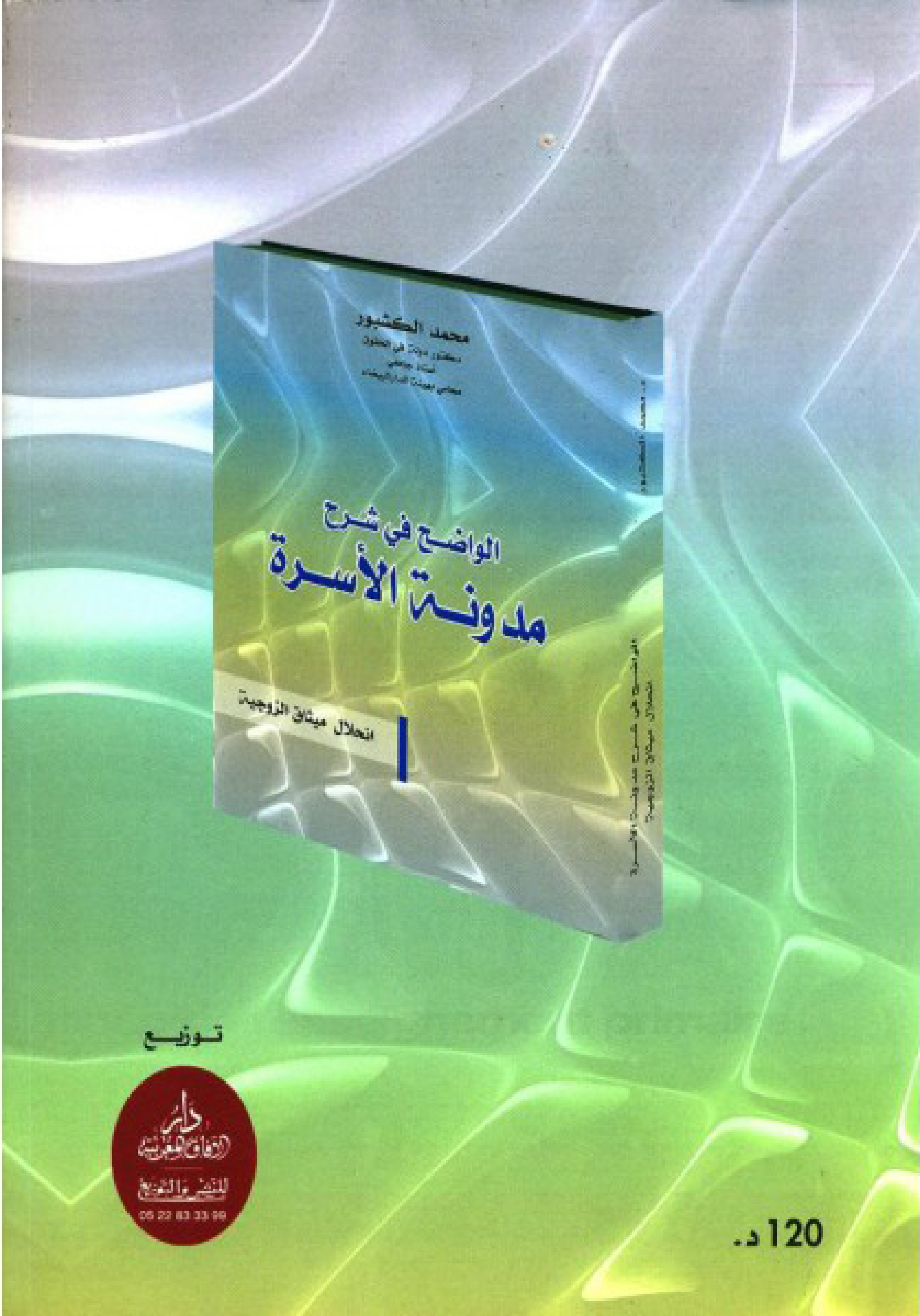
وللتوسع حول موقف الفقه الإسلامي من الموضوع، انظر:

- أحمد محمد الخليفي الشبلي، عقود الزواج الفاسدة في الإسلام، المنشأة العامة للنشر والتوزيع، طرابلس، ليبيا، 1983.

فهرس عام

الباب الأول
الزواج

ملاحظة :
توجد لائحة أهم المراجع المستعملة في البحث في الكتاب الثاني من شرح مدونة الأسرة والخاص بانحلال ميثاق الزواج


محمد الكشبور
الواضح في شرح
مدونة الأسرة
انحلال ميثاق الزوجية
توزيع
دار الآفاق المغربية
للنشر والتوزيع
05 22 83 33 99
120 د.